



FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO, ÁREA DE PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

TRABAJO FINAL DE GRADO

**LOS DERECHOS SOCIALES, UNA AMPLIACIÓN DE LA  
JURISDICCIÓN LABORAL**

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

BOGOTÁ, D.C.

2016

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>4</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I . LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES .....</b>	<b>10</b>
1.1 Noción de los derechos fundamentales .....	10
1.2. Noción de derechos sociales .....	17
1.3. Antecedentes históricos de los derechos sociales .....	22
1.4. Tratamiento de los derechos fundamentales sociales en Colombia .....	28
1.5. Los derechos sociales fundamentales.....	32
<b>CAPÍTULO II. DERECHOS SOCIALES EN PARTICULAR .....</b>	<b>36</b>
2.1. Generalidades.....	36
2.2. El derecho al trabajo .....	37
2.3. El derecho a la seguridad social .....	42
2.4. El derecho a una vivienda digna .....	50
2.5. El derecho a la educación .....	55
2.6. El derecho laboral del servidor público hace parte del derecho social.....	59
 <b>CAPÍTULO III. MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS SOCIALES.....</b>	<b>63</b>
3.1. Generalidades.....	63
3.2. Asignación.....	66
3.2.1.De ciertas acciones constitucionales.....	66
3.2.2. De las acciones constitucionales.....	74
3.3. Jueces Laborales y protección de los derechos sociales.....	76

## **CAPÍTULO IV. AMPLIACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS JUECES**

<b>LABORALES .....</b>	<b>80</b>
Necesidades cargos permanentes y descongestión.....	82
4.1. Concepto de jurisdicción y competencia.....	87
4.2. Competencia factor objetivo.....	94
4.3. Competencia:Factor subjetivo.....	95
4.4. Competencia factor funcional.....	95
4.5. Ampliación de competencia a los jueces laborales y de la seguridad	
Social. Razones sociales, políticas y jurídicas.....	97
4.5.1. Razones sociales.....	101
4.5.2.Razones políticas.....	106
4.53. Razones jurídicas.....	111
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	 <b>116</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>120</b>

## RESUMEN

La coyuntura histórica que presenta el país referida a alcanzar la paz, tiene como precondition que en efecto se haga justicia, de manera particular, la existencia de una Administración de Justicia que privilegie la cuestión social. Es por ello que este trabajo expone argumentos que dan una respuesta concreta a problemas específicos que permiten considerar una manera novedosa de ampliar la gestión de los jueces laborales a partir de la perspectiva de los derechos fundamentales y sociales, replanteando en términos de competencias, la asignación de temas que hasta la fecha han estado cobijados por la incertidumbre y que han merecido sendos pronunciamientos de las Altas Cortes para evitar conflictos entre las diferentes jurisdicciones, o conflictos de competencias.

Precisamente este trabajo se estructura en torno a la **ampliación de competencias de los jueces laborales** en un marco de racionalización de la justicia, específicamente la optimización de la oferta de justicia ofrecida desde la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y seguridad social, teniendo presente que la atención a la ciudadanía no es cuestión menor, la misma debe ir orientada al acceso efectivo a la justicia, con ocasión de criterios de gestión de la calidad y distribución equitativa del trabajo, de cara a la satisfacción de una pronta y cumplida justicia.

Por ello se analizan en el cuerpo del texto razones sociales, jurídicas y políticas fundamentadas en argumentos cualitativos y cuantitativos que mejorarían y optimizarían la gestión de procesos de cara a los intereses de los ciudadanos.

**Palabras clave:**

Racionalización de la justicia, Administración de justicia, Estado Social de Derecho, Derechos Sociales, Derechos Fundamentales Constitucionales, Jurisdicción, Ampliación de Competencia y Conflictos de Competencia.

**Abstract**

The historical situation that presents the country referred to achieve peace, is indeed a precondition that justice is done, in particular, the existence of a justice system that favors the social question. That is why this paper presents arguments that give a concrete response to specific problems it possible to consider a new way to expand the management of labor judges from the perspective of fundamental and social rights, rethinking in terms of skills, allocation of items to date have been sheltered by uncertainty and have earned two separate rulings of the high courts to avoid conflicts between the different jurisdictions, or conflicts of competence.

Precisely this work is structured around the extension of the jurisdiction of the labor courts in a framework of rationalization of justice, specifically the optimization of the supply of justice offered from the ordinary courts, in their specialty and social security work, bearing in mind that attention to citizenship is no minor issue, it must be oriented to effective access to justice criteria during quality management and equitable distribution of work facing the satisfaction of a swift and effective justice.

Because discussed in the main text social, legal and political reasons founded on qualitative and quantitative arguments that would optimize and improve management processes ahead of the interests of citizens.

**Key words**

Rationalization of justice, administration of justice, the Social rule of law, social rights, Fundamental Constitutional Rights, competence.

## **Introducción**

La paz se debe fundamentar en el bienestar común, lo cual depende en gran medida del comportamiento de los funcionarios del Estado, como también de sus habitantes. La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia marcó una nueva etapa política, económica, cultural y social, a raíz de los cambios traídos por la nueva Carta, que la transforman en un Estado Social de Derecho, en busca de estrategias que le van a permitir mantener el equilibrio entre el bien particular, el bien común y el bien institucional.

La misma previó disposiciones de capital importancia que aseguran los objetivos del Estado Social de Derecho, entre otros, los artículos 48, 49 y 53 superiores, todos con un contenido social y del cual se tiene la expectativa de sus resultados en gestión social, humanitaria y vida digna. Claro está que su profundo contenido en seguridad social, permitió una nueva perspectiva en temas como la seguridad social y sobre todo en lo que toca con la responsabilidad médica y salud en general en Colombia, la cual tuvo como origen el nacimiento de un sistema de seguridad social integral como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud y riesgos laborales y los servicios sociales complementarios que se definen en el Preámbulo y en el artículo 8º de la Ley 100 de 1993 o de seguridad social.

Con la entrada en vigencia de los Códigos General del Proceso y del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, la situación jurídica en materia de competencia cambia, de tal manera que empieza a modificarse el discurso jurídico en materia de competencias en ciertos temas, como por ejemplo, las pensiones y la responsabilidad médica, al interior de las altas Cortes.

Así las cosas, vemos que la competencia y los debates en torno de ellas, no son temas estáticos, los mismos van requiriendo ajustes que sean consecuentes con la realidad social, por ello este trabajo plantea un análisis de razones que permitan considerar una ampliación de la competencia de los jueces laborales y de la seguridad social en Colombia a tono con los debates planteados, en torno de una optimización en los servicios de oferta judicial referidos específicamente a los derechos subjetivos públicos que tienen que ver con temas sociales como por ejemplo los derechos económicos, sociales y culturales -DESC.

Partiendo de un análisis de contexto se analizan de manera integral, las razones cualitativas y cuantitativas de carácter social, político y jurídico que justificarían la ampliación de funciones de los jueces laborales con el fin de que en esa medida se contribuya al debate en torno a la racionalización de los servicios de la Administración de Justicia, desde diversas aristas.

El eje articulador del trabajo se plantea desde la siguiente pregunta problemática: **¿es conveniente la ampliación de las competencias de los jueces del trabajo y seguridad social con fundamento en la garantía de protección de los derechos sociales constitucionales?** De acuerdo con lo anterior, la presente investigación permitirá argumentar sobre criterios sociales, jurídicos y políticos, en un marco de análisis de distribución funcional de competencias, que permitan dar viabilidad a la propuesta de ampliar competencias a los jueces laborales, de manera transparente, eficaz y sostenible a cargo del Estado, que al tiempo dé respuesta a las necesidades de la comunidad dentro de un marco garantista de los derechos sociales y prerrogativas consagradas por la Carta Política de 1991, acorde con los lineamientos y postulados internacionales en el ámbito de los derechos sociales.

El primer capítulo trata de una temática relacionada con el análisis de los derechos sociales fundamentales. Respecto a los mismos se rastreó su origen, desarrollo y evolución tomando como referencia la postura de Robert Alexy (1986)



quien plantea que “justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por mínima que ellas sean” (Alexy, 1986, p. 456).

En el segundo capítulo, se trata del desarrollo de algunos derechos sociales, que por su connotación humana, es decir, su capital importancia para la existencia del ser humano y lograr finalmente una vida digna en comunidad. Entre otros hemos mencionado, el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación sana, derechos sociales sin los cuales el Estado no podría cumplir con la salvaguarda de sus asociados. Los derechos sociales son de suma importancia porque traducen la mejor manera de convivir y lograr un bienestar social cada día mejor, lográndose que se llegue en forma universal, atendiendo principios rectores como la eficacia, la solidaridad y el equilibrio financiero.

El capítulo tercero, se refiere a la justiciabilidad de los derechos sociales, en el mismo se desarrollan los tipos de acciones para su defensa y las líneas jurisprudenciales y la competencia para la solución de las mismas. Se concretan los temas que deben ser reasignados y asignados a la jurisdicción laboral y de la seguridad social.

Finalmente, el capítulo cuarto, plantea las razones que justificarían racionalmente la ampliación de las competencias de los jueces laborales, reflexionando sobre los aspectos o tópicos que deben pertenecer a dicha jurisdicción que guarden identidad y conexidad con los derechos sociales, tales como las acciones constitucionales, el derecho laboral administrativo, y otros. Para tales efectos se plantea un análisis de la racionalización de los servicios de justicia dando razones sociales, jurídicas y políticas para contribuir a pensar de manera novedosa en los debates sobre la optimización de los servicios de justicia en Colombia.

## **CAPÍTULO I**

### **LOS DERECHOS SOCIALES Y FUNDAMENTALES**

#### ***1.1. Noción de derechos fundamentales***

Abordar el tema de los derechos sociales fundamentales circunscribe al estudio evolutivo del derecho en sentido estricto, por cuanto, puede considerarse como una concreción sistemática de una intencionalidad, en términos de Añón Roig María José, Lecciones de Derechos Sociales, de dejar atrás la arcaica concepción de que los derechos son meros negativos al ejercicio del poder político y se han constituido como un conjunto de valores y fines encaminados a exigir del Estado la ejecución de acciones positivas en procura de garantizar una determinada condición de satisfacción de necesidades humanas.

Entendido de otra forma, los derechos han dejado de ser un simple conjunto de disposiciones normativas, de preceptos legales o de reglas de derecho, para convertirse en estipulaciones que pueden garantizarse efectivamente, desvirtuando su noción eminentemente retórica para situarlos en un plano material, en el que todos los ciudadanos puedan hacerlos valer y no solo al limitar la acción del Estado sino exigiendo de aquel la configuración de las condiciones necesarias para poder materializar tales disposiciones.

El derecho entonces, ha sido comprendido últimamente desde una dimensión más pragmática<sup>1</sup> y sistemática, permeando el ordenamiento jurídico de un espectro

---

<sup>1</sup> Al respecto es oportuno considerar que Rodolfo Arango sostiene que no tiene razón de ser que se consagre un derecho que no puede hacerse efectivo. ARANGO, Rodolfo. Protección nacional e internacional de los derechos humanos. Ciudadanía y derechos humanos sociales; Alonso, M.A./Giraldo J. Editorial, Escuela Nacional Sindical, Medellín 2001. p. 52.

protector de la condición humana, y de todos aquellos elementos que la vigorizan, consagrándose consecuentemente, todo un sistema de derechos humanos, que buscan satisfacer necesidades humanas esenciales, que son de especial protección y por tal razón cuentan con los mecanismos procesales para conseguir en términos de Piero Calamandrei<sup>2</sup>, concretar la garantía jurisdiccional que da fundamento a la existencia no solo del derecho sino de la misma sociedad.

Ahora bien, debe decirse que se está frente a un tema que recientemente se ha encaminado hacia la abolición de la clasificación<sup>3</sup> de los derechos en los de primera generación (derechos fundamentales), de segunda generación (DESC), tercera y cuarta generación (colectivos y ambientales), toda vez que se afirma que todos los derechos son fundamentales y no se puede arbitrariamente establecer cuáles deben ser protegidos o no, porque en ese sentido se estaría erigiendo lo que Carlo Alberto Perdomo Castaño ha considerado como los derechos fundamentales a medias<sup>4</sup>.

Sin embargo, debe considerarse que no ha sido pacífico el tema de la aceptación de los derechos sociales como derechos fundamentales porque se consideran de carácter prestacional o meramente programáticos, ya que exigen de la ejecución y puesta en marcha de políticas públicas para su probable satisfacción, por lo cual, se ha desconocido la justiciabilidad de aquellos derechos y se cuestiona la inclusión expresa de derechos que no pueden ser garantizados de manera

---

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, según el nuevo código procesal de 1940, traducido de la versión italiana por el Dr. Santiago Sentis Melendo en el año de 1962. p. 130.

<sup>3</sup> Dicha clasificación se origina desde el punto de vista histórico, en el que los de primera generación son aquellos que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, los de segunda generación, aquellos que tienen carácter social y económico, los cuales pueden exigir los ciudadanos al Estado, los de tercera generación garantizan los derechos colectivos. YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004. p. 156.

<sup>4</sup> PERDOMO CASTAÑO, Carlos Alberto. *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2011. pp. 41 y s.s.

inmediata, por lo cual se hace relevante tener claridad inicialmente sobre la noción de derechos fundamentales, para luego ahondar en los derechos sociales y finalmente evidenciar como ha sido la transición de derechos sociales a derechos sociales fundamentales.

Al considerar de inmediato la etimología de “*derechos fundamentales*” puede inferirse que se trata de una jerarquización<sup>5</sup> de los derechos, pues si existen unos fundamentales, necesariamente existirán otros que no lo sean, lo cual quiere indicar que se quiere con tal acepción resaltar una serie de derechos, destacándose de los demás y exigiendo de aquel reconocimiento, un tratamiento especial al que se le debe dar a los demás derechos.

En efecto, lo **fundamental** radica en un valor que se le otorga a cierta clase de derechos, en ese sentido, algunos estudiosos del derecho<sup>6</sup> sostienen que los derechos fundamentales son los **esenciales**, “*de ellos no hay una definición precisa pero en términos generales se ha indicado que son aquellos inherentes a la persona humana, por lo que la sola existencia del ser humano lo conlleva, no haciendo otra cosa el Estado que reconocérselos*”<sup>7</sup>.

De lo anterior, es necesario establecer que lo **esencial** es aquello derivado de su misma naturaleza, o como bien lo explica el profesor Jacobo Pérez Escobar, son los inherentes, en este caso a los seres humanos, a lo que el maestro Manuel

---

<sup>5</sup> Precisamente sobre la jerarquización de los derechos es que se han cimentado las discusiones, en los que los profesores Carlos Bernal, Rodolfo Arango, Robert Alexy, Carlos Alberto Perdomo, Víctor Abramovich, entre muchos otros, han indicado que es innecesario e incluso nocivo realizar la clasificación en derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, puesto que se señala que puede ser caprichosa y permite que no se garanticen derechos como la salud, que es eminentemente fundamental.

<sup>6</sup> Entre ellos Jacobo Pérez Escobar y Manuel José Cepeda.

<sup>7</sup> PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2003. p. 266.

José Cepeda complementa señalando *que es claro que los derechos inherentes a la persona humana son fundamentales, cualquiera que sea el criterio utilizado para identificar esta categoría de derechos, no se trata de una cuestión retórica*<sup>8</sup>.

En ese sentido los derechos esenciales son los inherentes a las personas, indicando que deriva de la condición natural de ser racional, y conforme a ello se edifica todo un contexto normativo que se comprende dentro de los derechos subjetivos que son precisamente los inherentes a las personas, y que en conjunto conforma un marco general que protege la dignidad humana, valor fundante del Estado Social de Derecho colombiano<sup>9</sup>, por lo que en desarrollo de tal consideración, la Constitución se ocupa de los derechos fundamentales en el Capítulo I del Título 2, de los artículos 11 al 41 y se considera doctrinariamente que los derechos son como poderes: *“La Constitución Política de 1991 se ha preocupado porque los derechos no se queden escritos a lo largo de la Constitución y nos encontramos con la palabra efectividad, acompañado de los derechos y tal afirmación no es simplemente retórica”*<sup>10</sup>.

Reiterándose el hecho de que la importancia de los derechos fundamentales es que puedan hacerse efectivos, ahora que, es necesario comprender la dinámica y esencia de los derechos fundamentales, para poder comprender porque los derechos sociales también son fundamentales, por lo que se es necesario recordar que los derechos fundamentales son esencialmente subjetivos o inherentes a la

---

<sup>8</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991*. Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 3.

<sup>9</sup> Sobre el particular es relevante señalar que en el artículo 1º de la Carta Política de 1991 se expresa formalmente: *Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*.

<sup>10</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis Editores, 2007. p. 357.

persona y en ese sentido “*si bien es cierto que la filiación histórica del ius subjecti, remonta a las instituciones de derecho privado romano, el derecho subjetivo tal y como lo conocemos es una construcción eminentemente moderna que refleja una concepción del mundo y las exigencias del orden social liberal burgués del siglo XIX*”<sup>11</sup>.

De tal forma que de la lectura de la cita anterior, se infiere que los derechos fundamentales han sido reconocidos relativamente hace poco, y así lo han ratificado algunos historiadores que han afirmado que: “*son una expresión presentada ya en teorizaciones del siglo XVIII e incorporada a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789, pero que alcanzó especial importancia en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, son derechos normalmente positivados a nivel estatal en el texto constitucional que expresan la articulación del sistema de relaciones entre el individuo o los grupos de individuos y el Estado, en cuanto fundamento del orden político. En sentido estricto, los derechos fundamentales constituyen la justificación de las instituciones y condicionan el ejercicio del poder*”<sup>12</sup>.

Incluso hay quienes establecen términos concretos en los que se consagraron así: “*El término de los derechos fundamentales aparece claramente mencionado en la ley fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y no de cualquier manera. El primer capítulo tiene la denominación “de los derechos fundamentales” y en el primero de sus artículos se establece la dignidad humana como baluarte de la paz y de la justicia del mundo*”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> AÑÓN ROIG, María José. *Lecciones de derechos sociales*. 2 ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004. p. 58.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, página 58.

<sup>13</sup> VILA CASADO, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis Editores, 2002. p. 462.

De cualquier manera se comprende que la noción de derechos fundamentales parte de una concepción moderna, la cual, reconoce la titularidad de derechos en cabeza de todos los seres humanos, pues así quedó expresado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de allí en adelante se originó todo un camino evolutivo en el que se ha ido estructurando la forma de cómo poder, no solo hacerlos reconocer sino de efectivizarlos, lo cual se ha podido como se advirtió anteriormente, mediante la implementación de mecanismos procesales que permiten materializarlos por vía jurisdiccional.

Ahora que en términos prácticos se considera que *“los derechos fundamentales son normas sustanciales cuyo contenido determina qué es lo que la mayoría no puede decidir (ninguna ley podría por ejemplo permitir la tortura) y que es lo que no puede dejar de decidir (ninguna ley por ejemplo podría establecer que no se financiara debidamente la educación obligatoria y gratuita)”*<sup>14</sup>.

De lo anterior, se colige que uno de los elementos que revisten a los derechos fundamentales de un gran grado de relevancia, es que por sí mismos se constituyen como irreformables, y ni siquiera pueden ser susceptibles de ser desconocidos, reformados, etc., mediante una ley o una manifestación popular, por cuanto cada uno de los derechos fundamentales constituyen una conquista humana en el reconocimiento de un aspecto esencial, del ser humano y debe ser protegido de forma especial, verbi gracia, el derecho a la vida, el cual no puede ser desconocido, vulnerado o puesto en riesgo.

Ahora bien, además de esa consideración de que los derechos fundamentales son esenciales porque son inherentes a los seres humanos también debe señalarse que: *“hay constituciones como la alemana, la española y la colombiana que fueron elaboradas no por un simposio de juristas expertos en*

---

<sup>14</sup> AÑÓN ROIG, María José. Obra citada. p. 59.

*derecho constitucional, sino por asambleas constituyentes integradas por hombres y mujeres de profesiones diferentes y de distinta condición social y económica que representaban los partidos políticos y movimientos sociales que tenían en el momento la fuerza electoral y la legitimidad democrática suficientes para acceder a ellas*<sup>15</sup>.

Visto desde dicha óptica, los derechos fundamentales han sido consagrados, por lo menos en la mayoría de los países, como en el colombiano, contando con la participación democrática del constituyente primario, por lo cual se infiere que más allá de constituirse como meras construcciones intelectuales, académicas o legislativas, se consolidan conforme a las necesidades expresadas por los ciudadanos, que en últimas son seres humanos y que tienen en consecuencia la posibilidad de exponer cuales son los derechos que consideran y sienten más relevantes dentro de todo tipo de contexto.

Así las cosas, los derechos fundamentales han sido reconocidos inequívocamente por la mayoría de los ciudadanos, quienes han confiado en el valor superior que la Carta Política les confiere y de la posibilidad de acceder a mecanismos eficaces, verbi gracia, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, para hacerlos valer de manera inmediata, prevalente y acertadamente sobre otros derechos de un rango inferior, consolidando así un Estado que realmente enaltece la condición natural de todo ser humano.

De tal suerte que los derechos fundamentales han sido definidos por los mismos titulares de aquellos, en razón a su naturaleza humana, por lo cual se considera que sin la satisfacción de aquellos no es posible la satisfacción de ningún otro derecho de otro rango, sin embargo, como se anotó anteriormente, los derechos fundamentales requieren en gran medida para su plena efectivización,

---

<sup>15</sup> VILA CASADO, Iván. Obra citada. p. 465.



que se garanticen otros derechos, los denominados sociales, o de segunda generación por lo cual deben ser elevados al mismo rango fundamental, un ejemplo de ello, como se expondrá más adelante, es el derecho a la salud que primero se protegió por vía de conexidad con el derecho a la vida pero luego por obviedad se declaró su propia fundamentalidad, sin que dependiera de poderse establecer la mencionada conexión con un derecho denominado fundamental.

## **1.2. Noción de derechos sociales**

Como puede inferirse de lo analizado en el apartado de los derechos fundamentales, estos se caracterizan esencialmente porque son inherentes a los seres humanos, de manera particular o como algunos autores, como Jaime Vidal Perdomo y Jacobo Pérez Escobar, sostienen que son derechos individuales, lo cual de inmediato plantea la probabilidad de que existan derechos sociales, porque no es desconocido que el ser humano se reconoce tanto como un ser individual como un animal social, *Zóonpolitikon*<sup>16</sup>, de tal manera que se identifican los derechos sociales como aquellos que no son inherentes propiamente a las personas pero sí a la sociedad, y entre otras cosas dan fundamento a la configuración del Estado Social de Derecho así:

*“La piedra angular del sistema de libertades y derechos es la declaratoria del Estado Social de Derecho, que aparece en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991 y bajo ese postulado se resume la evolución cumplida alrededor de la llamada segunda generación de derechos que impulsó el constitucionalismo social”<sup>17</sup>.*

---

<sup>16</sup> Terminado acuñado por ARISTÓTELES en su libro 1 de política del griego, ζοov: animal, y πολιτικον: social o político.

<sup>17</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. 9 ed. Bogotá: Legis Editores, 2005. p. 227.

De tal manera que se reconocen como derechos de gran importancia dentro de la organización propia de un Estado Social de Derecho que se fundamenta en la existencia de una Constitución escrita y con una gran fuerza vinculante, la cual respecto a los derechos sociales indica que: *“mirar los derechos no ya exclusivo de los individuos, sino extensivos a los grupos sociales (la familia, los niños, los sindicatos, los campesinos sin tierra, etc., y sobre todo a los más débiles: predicar que ellos tienen una función social, es decir que aún los derechos que van en dirección del beneficio personal (la propiedad tienen que ser auscultando la conveniencia general)”*<sup>18</sup>.

En ese sentido se plantea por parte del profesor Jaime Vidal Perdomo, que la existencia de los derechos sociales demuestra la evolución de la noción de derechos, que al inicio se entendían totalmente dirigidos a los individuos, pero con el tiempo se ha extendido a los grupos sociales, por lo cual en atención a ello, se forjó la noción del Estado Social de Derecho, en la que claramente se hace prevalecer el interés general sobre el particular y en el que se reconocen de manera mucho más expedita los denominados derechos social o de segunda generación como quedó estipulado en la Constitución Política de 1991<sup>19</sup>, y que sin embargo aún, muchos de ellos son desconocidos por muchos ciudadanos por lo que consecuentemente pueden ser vulnerados sin mayor control.

De tal forma que es necesario tener claridad sobre a qué hacen alusión los derechos sociales, y en ese sentido María José Añón Roig señala que: *“junto a los tradicionales derechos de libertad (vida, integridad física, libre conciencia, garantías procesales, intimidad, asociación, libre expresión, etc.) y políticos (sufragio, acceso*

---

<sup>18</sup> Ibíd. p. 227.

<sup>19</sup> Los derechos sociales, económicos y culturales fueron consagrados en el Título II, Capítulo II de la Constitución Política de 1991.

*a cargos públicos), los ordenamientos contemporáneos han reconocido otros derechos vitales: a la subsistencia, a la educación, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la información y similares, otorgándoles rango constitucional. Sin embargo resulta difícil definir o caracterizar a los derechos sociales de una manera precisa.*

*La relevancia de la categoría se ubica en los planos históricos simbólicos y ético – políticos **ya que los llamados derechos de segunda generación constituyen una ampliación de la esfera pública de los derechos**, ligada a la protección de nuevas clases de sujetos y a la asunción por parte de las instituciones de una serie de funciones relativas al bienestar material que en el orden liberal estaban excluidas de la acción estatal”<sup>20</sup>.*

En ese sentido se establece por un lado que los derechos sociales son aquellos derechos que se reconocen más allá de los tradicionales e individualmente reconocidos, como la vida, libertad, debido proceso, etc., que se establecen en el ordenamiento jurídico colombiano, como derechos fundamentales, que interactúan con derechos como la educación, la alimentación, el trabajo, la salud, la vivienda, que anteriormente no se reconocían como derechos, pero que en la actualidad sí, porque toda persona actúa o tiene un rol en la sociedad y dependiendo de la satisfacción de estos últimos derechos podrá satisfacer los individuales, por lo cual se consagran los derechos sociales como parte esencial del Estado Social de Derecho y en la protección de los fundamentales, tanto así que como se ha dicho, la doctrina propende por que se consideren por si mismos derechos fundamentales.

Otro concepto de gran relevancia sobre los derechos sociales fue esbozado por Óscar Rodríguez Olvera<sup>21</sup> quien expresa que: “Los derechos sociales son

---

<sup>20</sup> AÑÓN ROIG, María José. Obra citada. p. 59.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*. Granada, 1998. p. 234. Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Los derechos sociales deben*

aquellos derechos que forman parte de la autoconciencia constitucional que subyacen elementos extra y meta normativos, surgidos del conciencial y la exigencia socioeconómica hacia un comportamiento dignificador y solidario del Estado y de los particulares a través de una justa repartición a las libertades socioeconómicas que garanticen la obtención y permanencia de un piso social básico fortalecedor de la adhesión moral social, así como del espíritu y ratio constitucional”.

Ahora bien, dentro de los derechos sociales se encuentran el derecho a la salud y en si a la seguridad social los cuales hacen parte de ese gran conjunto de derechos que si bien no parten de la esfera individual del ser humano, si hacen parte fundamental en la vida de aquel, pues se perfilan para consolidar un Estado de bienestar, que históricamente se empezó a dilucidar en el proceso de búsqueda de igualdad de sectores sociales en la industrialización<sup>22</sup>, en los que se puso de relieve la necesidad de proteger los derechos de las personas en general y de quienes intervenían en la relación obrero patronal, lo cual pudo incidir según Beatriz Londoño en que en 1789 se declarara la igualdad de todas las personas<sup>23</sup>, siendo empleados o trabajadores.

Sobre el particular puede inferirse que a medida que surgen nuevas relaciones entre las personas, es que se hace necesario extender la protección de derechos, puesto que antes de la industrialización no existía una noción de patrono y empleado, más bien de señor feudal y siervo, además, debe tenerse en cuenta

---

*ser derechos fundamentales.* En: Liber Amicorum en homenaje a Jaime Vidal Perdomo. 1 ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009. p. 99.

<sup>22</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz. *La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004. p. 12.

<sup>23</sup> Ver el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano establece que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

que junto con el proceso del nacimiento y fortalecimiento de la industria, se dio un proceso evolutivo en la conformación y estructuración de los Estados, que incidieron en el reconocimiento, sin precedentes de los derechos del hombre y de los ciudadanos, modelo que permeo la cultura y civilización humana.

Bajo esa misma dirección María José Añón Roig, estableció que los derechos sociales “*se empezaron a concebir desde que se separó la condición de esclavo, con arrendador de servicios personales y que posteriormente dio lugar al contrato de trabajo*”<sup>24</sup>, señalándose así que se surtió un proceso evolutivo del derecho que se originó inicialmente en el reconocimiento de los derechos individuales pero paulatinamente se identificó un escenario común en el que era necesario proteger derechos sociales, como el trabajo y la seguridad social, que inciden en la satisfacción de derechos tradicionalmente reconocidos como fundamentales, y que integran un conjunto de elementos para consolidar la dignidad humana.

Ahora bien, así como los derechos individuales son inherentes a las personas, los derechos sociales lo son para los ciudadanos, estableciéndose entonces que los primeros dependen de su condición natural, y los segundos de su condición social, las cuales responden a la dualidad interna del ser humano de ser individuo, pero también de ser integrante de una comunidad, y como es dualidad no puede desvirtuarse o desconocerse, de la misma forma los derechos tanto individuales como sociales, deben comprenderse integralmente porque responden a un mismo sujeto, por lo cual no tiene razón de ser dicha clasificación, de derechos de primera y segunda generación, porque ambos son fundamentales en la vida del ser humano, en primer lugar como persona y en segundo, como ciudadano, situaciones que no pueden desligarse caprichosamente porque dependen conjuntamente para su plena satisfacción.

---

<sup>24</sup> AÑÓN ROIG, María José. Obra citada. p. 27.

### **1.3. Antecedentes históricos de los derechos sociales**

En el apartado anterior se indicó que algunos tratadistas como Beatriz Londoño y María José Añón, señalaron como antecedente más remoto directo y relevante del reconocimiento de los derechos sociales, la industrialización, que generó la aparición de dos grupos sociales, *“por un lado de los dueños de los medios de producción o industriales y de otro lado los obreros o quienes trabajan en las industrias, generándose entonces una clasificación social que influyó de gran manera en la percepción del mundo”*<sup>25</sup>.

Sin duda se cambió la percepción mundial respecto de la clasificación social, y al interior de ese cambio se perfiló la importancia de los derechos sociales, que en los términos de Truyol y Serra, *“se pueden citar como antecedentes de los derechos sociales los artículos 17, 21 y 22 del proyecto de la Constitución Francesa Republicana de 24 de junio de 1973 que hacían referencia al derecho “a la instrucción, la asistencia social y el trabajo” sin que se lograra la consagración como derechos públicos”*<sup>26</sup>.

Derechos públicos que se derivaron de la percepción mundial frente a las relaciones derivadas de la industrialización y que terminó fraccionando al mundo en dos sistemas económicos, el primero de ellos y que se ha mantenido con fuerza, el liberal y el socialista que se dio en una gran región del nororiente de Europa, en el primero se propendió por la consolidación de las libertades y derechos individuales, mientras que en el segundo se propendía por proteger a toda costa las prerrogativas sociales, el problema radicó en que como todo al extremo es malo, en el modelo liberal se empoderó a un cierto sector y se descuidan los derechos sociales y en el

---

<sup>25</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz. *La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004. p. 13.

<sup>26</sup> TRUYOL y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*. 3 ed. Madrid, 1982. p. 371.

modelo socialista se pretendió coartar libertades individuales por lo que sucumbió ante la revolución.

Ahora bien, como ambos modelos eran tan radicales, era de esperarse que surgiera un punto medio, de armonización, un modelo que tomara elementos de uno y otro, pero que buscara proteger tanto las libertades y derechos individuales como los derechos sociales y en ese sentido surgieron por ejemplo, disposiciones como las contenidas en las leyes de Bismarck en: *“Las que los trabajadores de manera obligatoria renunciaban a parte de su paga para constituir un fondo para pagar los gastos médicos y una pensión que pudieran necesitar en la vejez”*<sup>27</sup> y el modelo en el que *“la obligación para todos los titulares de rentas primarias para que renunciaran a una parte de aquellas y se destinara a un fondo común que sirviera de apoyo para los menos favorecidos y los minusválidos”*<sup>28</sup> y que posteriormente evolucionó al Estado Social de Derecho.

Los anteriores son dos ejemplos de cómo en el mundo se empezaron a tomar medidas en las que se intentó edificar un escenario en el que los derechos sociales cobraron gran relevancia, y en los casos enunciados, ambos son puramente contingentes y se circunscriben al ámbito de la seguridad social, por cuanto se empiezan a destinar recursos en el primer caso para cubrir las necesidades básicas en la vejez y en el segundo caso creando un fondo común para apoyar a los menos favorecidos y minusválidos.

De tal forma que los derechos individuales dejaron de ser el único punto de referencia normativo, y se empezaron a consolidar otro tipo de derechos, hasta ese entonces desconocidos, como son los sociales, que como bien se anotó, se

---

<sup>27</sup> AÑÓN ROIG, María José. Obra citada. p. 29.

<sup>28</sup> Se reconoció como el MODELO BEVERIDGEANO. Ibid. p. 29.

originaron en un ambiente de derecho laboral, y en ese mismo sentido y contexto se evidencia en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, una medida similar en la que se quiso garantizar una redistribución de tierras y una normatividad laboral mucho más incluyente:

*“Consagrándose en los artículos 3º, 5º, 27 y 123 las garantías sociales como el derecho a la educación, la libertad de empleo, el derecho de propiedad incluyendo la propiedad ejidal y comunal y en materia laboral una amplia protección de los derechos del trabajador”*<sup>29</sup>. Bajo ese orden de ideas se comenzó a estructurar todo un contexto garantista de los derechos de los trabajadores, eminentemente sociales y en la misma dirección se comprende la República de Weimar en Alemania, *que al proclamarse la Constitución de 1919, buscó consolidar una política de bienestar social, lográndose acuerdo entre trabajadores y empleadores, suspendida después por Hitler*<sup>30</sup>.

Así las cosas es de gran relevancia el avance planteado en la República de Weimar pues por primera vez se logró consolidar una política de Bienestar consolidado de común acuerdo entre trabajadores y empleadores, tanto así que *“mediante la Constitución de Weimar en 1919, se amplía y surge el denominado derecho constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social; es decir, se institucionaliza el Estado*

---

<sup>29</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Los derechos sociales deben ser derechos fundamentales*. En: Liber Amicorum en homenaje a Jaime Vidal Perdomo. 1 ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2009. p. 100.

<sup>30</sup> LEÓN, Bieber. *La República de Weimar, génesis, desarrollo y fracaso de la primera experiencia republicana alemana*. Editorial Universidad Nacional Autónoma, 2002.



*Social. El cual constituye un nuevo compromiso de los órganos del Estado hacia la extensión del bienestar social*<sup>31</sup>.

De tal suerte que la Constitución de Weimar se considera como un hito fundamental dentro del reconocimiento de los derechos sociales, ya que después de aquella, *fueron invocados en el artículo 427 del Tratado de Versalles de 1919, incluido en su parte XIII que creó la Organización Internacional del Trabajo que ha adoptado numerosos Convenciones y Recomendaciones en materia de derechos prestacionales. Luego vino la Carta de Naciones Unidas que reconoció los derechos humanos y libertades fundamentales (artículos 1º, 3º, 13, 1, b; 56; 62, 68) y etc.*<sup>32</sup>.

Lo anterior desde el punto normativo o de la positivización de los derechos sociales, ya que debido a los cambios económicos y la crisis económica sufrida en Estado Unidos en 1930, se generó un movimiento económico liderado por Keynes, para crear un tipo de políticas económicas que favorecieran a los trabajadores, que fueron armonizadas con medidas tomadas en la Unión Soviética sobre el denominado de bienestar, que básicamente sostenía que del bienestar de los trabajadores podría fundamentarse el bienestar de toda la Nación.

Ahora que, ya estaba señala la dirección de la importancia de los derechos sociales, se inició un largo recorrido para que empezaran a ser reconocidos como fundamentales y así se pueden citar a manera de ejemplo, y citadas a su vez por Marco Gerardo Monroy Cabra y María José Añón Roig, la IX Conferencia Internacional Americana adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que reconoció derechos sociales, económicos y culturales (artículos XI,

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ OLVERA, Óscar. Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 20.

<sup>32</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Obra citada. p. 101.

XII, XIII, XIV, y XVI), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y la Carta de Bogotá que fundó la Organización de Estados Americanos en 1948.

Posteriormente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se acogió el concepto integral de derechos humanos (Preámbulo, párrafos 2º y 4º y artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28), luego se gestó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, once años más tarde, se constituyó la Carta Social Europea de 1961, posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), el Protocolo de Buenos Aires que modificó la Carta de Bogotá de 1948, La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 26), los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos (artículos 15, 16, 17 y 18).

Empero de todas las disposiciones enunciadas anteriormente, y reconocidas ampliamente por un gran sector de la doctrina, es necesario resaltar la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos en la que se estableció en el Capítulo III: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Departamento de Derecho Internacional Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (Washington D.C.) 1969.

Nótese como expresamente se exhorta a los Estados pactantes, para que hagan todo lo posible para efectivizar los derechos sociales, indicándose de manera imperativa la urgente necesidad de adoptar las medidas tendientes a satisfacer las necesidades humanas más apremiantes, por lo cual se estableció en gran parte la fundamentalidad de los derechos sociales, directriz que años más tarde fue nuevamente retomada en 1983 en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que establece: *“el derecho de los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual tienen derecho a determinar libremente su condición política y a realizar su desarrollo económico, social y cultural”*<sup>34</sup>.

Empero, ese incesante movimiento por el aseguramiento por la satisfacción efectiva de los derechos sociales no terminó allí, pues tras una serie de debates y de conversaciones en la ONU desde el año 2003 al 2008, se estableció el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se establecieron los mecanismos de denuncia e investigación para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 y abierto a votación el 24 de septiembre de 2009, y entró en vigor cuando fue ratificado por 10 Estados miembros.

Así las cosas, luego de hacerse un recorrido de no más de 200 años, los derechos sociales hoy por hoy son considerados como derechos fundamentales por sí solos, sin necesidad de que se reconozca la conexidad con otro derecho, y es de vital importancia considerar que la seguridad sociales, entendida *“...como el conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para garantizar todos los cuidados médicos necesarios, así como asegurarles los medios*

---

<sup>34</sup> Oficina del ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Declaración sobre el derecho al desarrollo, Ginebra, Suiza 1983.

*de vida en caso de pérdida o reducción importante de los medios de existencia, causados por circunstancias no propiamente creadas voluntariamente*<sup>35</sup>” se encuentra dentro de este tipo de derechos, por lo cual es plausible el esfuerzo internacional e interno en los diversos países, incluido Colombia en la protección de los derechos sociales como fundamentales.

#### **1.4. Tratamiento de los derechos fundamentales sociales en Colombia**

De igual forma como las personas influyen en la sociedad y ésta en las personas, sucede con los Estados, los cuales inciden en el derecho internacional y este en aquellos, así, tal como se estudió en el apartado anterior, los derechos sociales se empezaron a manifestar con mayor fuerza en Europa, y luego fueron expandiéndose a todo el mundo, hasta llegar a Colombia, gracias a que internacionalmente, también como se analizó múltiples tratados, convenciones y pactos así lo establecieron.

Así pues, la relevancia de los derechos sociales fue puesta de relieve en el derecho continental, logrando posicionarse importantemente en el contexto internacional y permeando los ordenamientos jurídicos como el colombiano, en el que mediante la implementación de la Constitución Política de 1991, consagró expresa y conjuntamente que los derechos sociales son de rango constitucional aunque no se concibieron como fundamentales.

Empero lo anterior es necesario, tener en cuenta que en Colombia antes de la Constitución Política de 1991, se tuvo en cuenta un proceso de reconocimiento, aunque algo desordenado de los derechos sociales, y cuenta de ello lo dan algunos

---

<sup>35</sup> Primer punto de las recomendaciones de la 26ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Filadelfia) de 1944 y del Convenio 102 de 1952.

profesores colombianos como Marco Gerardo Monroy Cabra, Jacobo Pérez Escobar, Cerbeleón Pinzón, y Pablo Julio Cáceres entre otros, que señalan que en Colombia desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano se empezó a germinar el interés por los derechos sociales.

Sin embargo, tal interés solo se manifestó hasta la Constitución de 1863 “*en la que se proclamó la libertad de comerciar, opinar, enseñar, y de asociarse*”<sup>36</sup>, derechos, estos últimos eminentemente sociales, y en esa misma dirección en la Constitución de 1886 se consagraron derechos civiles y garantías sociales como las prescritas *en el artículo 31 en el que se estableció la supremacía de los derechos públicos sobre los privados, en el artículo 44 se prescribió la relevancia del derecho al trabajo y en los artículos 45 y 46 se señaló el derecho de asociación*<sup>37</sup>.

De tal forma que en Colombia se consagraron en el siglo XIX y en sus respectivas Constituciones Políticas, como la de 1886, que duró más de 100 años en vigencia, derechos puramente sociales, luego en el año de 1936 se expidió el Acto Legislativo 01 que reformó la Carta del 86 e incluyó un principio devenido de la crisis de Estados Unidos en el que se consagró la facultad del Estado para intervenir en la economía y la función social de la propiedad, esto con el fin de sobrellevar crisis económicas y proteger a los sectores más golpeados<sup>38</sup> por el capitalismo.

---

<sup>36</sup> PINZÓN, Cerbeleón. *Juicio sobre la Constitución de 8 de mayo de 1863 expedida en Rionegro*. Editorial Imprenta de Echeverría, 1863. p. 144.

<sup>37</sup> CÁCERES CORRALES, Pablo Julio. *Crítica del derecho constitucional colombiano comparado*. Editorial Banco de la República, Programa Centenario de la Constitución, 1988. pp. 7 a la 25.

<sup>38</sup> Un claro ejemplo de esa tendencia protectora de los más indefensos se evidencia en el artículo 16 del Acto Legislativo 1 de 1936 en el que se prescribió que “la asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirlos de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar”.

El país entonces se encaminó con rumbo a la protección de los derechos sociales y así lo ratificó mediante la aceptación del Pacto Internacional de los Derechos Sociales Económicos y Culturales, a través de la Ley 74 de 1968 consagrando que: “*Apruébense los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, (...)*”<sup>39</sup>.

Puede considerarse como el paso fundamental que dio el país para lograr efectivizar los derechos sociales, solo que hasta la implementación de la Constitución Política de 1991, en la que se configura una nueva forma de organización estatal, la de social de derecho, consagrando nuevos derechos y estableció mecanismos para su protección, y entre las novedades se destinó todo un capítulo en el que se consagraron los derechos sociales contemplados al interior de la Carta Política, como derechos de segunda generación, o lo que es lo mismo no fundamentales.

De tal manera que aunque por un lado se consagraron los derechos sociales, por otro se limitaron, pues como derechos de segunda generación no contaban con mecanismos propios para la protección jurisdiccional, sin embargo el máximo tribunal constitucional ideó la forma de hacerlo mediante lo que se denominó la conexidad, así por ejemplo se protegieron muchos derechos sociales, como la salud en conexidad con la vida y el trabajo en conexión con el derecho al mínimo vital, que también se constituye como una creación netamente jurisprudencial mediante la cual la Corte Constitucional logró extender la protección de los derechos fundamentales a los derechos de segunda generación así: “*Los derechos sociales*

---

<sup>39</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 de 1968. Diario Oficial 32682. (31, diciembre, 1968). p. 731.

*no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un derecho fundamental*<sup>40</sup>.

En ese sentido si bien es cierto que en un primer estadio en Colombia los derechos sociales no se consideraron fundamentales, con el tiempo esta perspectiva fue cambiando y así se evidencia en un pronunciamiento de la Corte Constitucional: “(...) **hoy es factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no solo por estar conectado íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí mismo fundamental (...)**”<sup>41</sup>. No puede pasarse inadvertida la Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, conocido como la sentencia hito sobre el tema tratado.

De tal forma que mediante tales pronunciamientos de la Corte Constitucional se constituyó como un avance sustancial dentro del reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales, por lo que consecuentemente se estableció la oportunidad de hacerlos exigibles mediante la acción de tutela sin que fuera necesario invocar la conexidad con ningún otro derecho, porque en términos del alto tribunal constitucional, por si solo la salud es un derecho fundamental, trazando así una clara dirección hacia la cual puede invocarse que todos los derechos sociales son fundamentales como bien lo propugnan los diversos instrumentos internacionales y de la doctrina en general, como los que se estudiaron anteriormente.

---

<sup>40</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>41</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-463 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

### **1.5. Los derechos sociales fundamentales**

Tal como se ha podido evidenciar, ha transcurrido un largo camino tanto para lograr el reconocimiento de los derechos sociales, como para lograr su efectiva protección; es de recordar que en Colombia, en virtud de la clasificación de los derechos en los de primera, segunda y tercera generación se infiere con facilidad que los derechos sociales no fueron consagrados como fundamentales por expresa disposición del constituyente.

Ahora bien, si ello es cierto, también lo es, que han pasado más de 20 años desde la implementación de la Carta Política de 1991 y paralelamente se ha cursado todo un proceso, como se advirtió párrafos atrás sobre los diálogos y discusiones generadas al interior de las Naciones Unidas, en el que se dio como resultado hacia 2008 la estipulación de que los derechos sociales deben ser exigibles y justiciables, como derechos fundamentales.

Bajo esa directriz, es necesario reconsiderar la naturaleza de los derechos sociales como fundamentales y basta con recordar de nuevo que antes de que el Protocolo Facultativo de 2008 se consolidara y vigorizara, en Colombia la Corte Constitucional ya había dado algunos pasos en esa misma dirección así, se evidencia cuando estableció que: *“El derecho a la salud es un derecho fundamental, de manera autónoma, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud,*



*por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela*<sup>42</sup>.

Sin embargo, a pesar de ser bastante connotado ese fallo, en Colombia la doctrina hace mucho venía sosteniendo la fundamentalidad de los derechos sociales y es así como al respecto los profesores: Rodolfo Arango, Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Uprimny, en materia constitucional ya lo advertían desde hace años, bajo ese orden de ideas el profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, ha sostenido que no se es un derecho fundamental por ser un derecho individual o subjetivo pues: *“El concepto del derecho subjetivo, como el simple reflejo de una obligación jurídica, es el concepto reflejo que bien puede ser un concepto auxiliar para facilitar la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta, dicho concepto es superfluo*<sup>43</sup>.

De esa forma el profesor Arango desestima las tesis que pretenden negar la fundamentalidad de los derechos sociales porque no son subjetivos, señalando que es una postura superflua, de otro lado el maestro Marco Gerardo Monroy Cabra ha señalado que: *“los derechos sociales tienen por fundamento la dignidad de la persona, el bien común, el logro de la igualdad material, la necesidad del orden económico y social justo, y la justicia social*<sup>44</sup>, indicando el destacado profesor que para la satisfacción de los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política de 1991, es necesario lograr la protección y efectividad de los derechos sociales porque son inescindibles.

---

<sup>42</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>43</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 1 ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Legis Editores, 2005. p. 40.

<sup>44</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Obra citada. pp. 24 y 25.

Por su parte el jurista Rodrigo Uprimny, *señala* que es necesario el establecimiento de la fundamentalización de los derechos, como el de la salud, así en la Sentencia T-666 de 2004, estableció que: “(...) *la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo*”<sup>45</sup>.

Se debe, sin embargo, reconocer el crédito de la influencia que ha tenido Robert Alexy en la clara concepción doctrinaria colombiana de contemplar los derechos sociales como fundamentales ya que él ha forjado la teoría de la supremacía de los derechos y de la armonización entre unos y otros, además de definir acertadamente los derechos fundamentales como “*posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*”<sup>46</sup>.

De esta forma, el profesor Alexy quiso señalar la importancia de deslindar la protección efectiva de los derechos sociales de decisiones tomadas por corrientes políticas, ya que dependiendo del contexto pueden en esa medida vulnerarse abiertamente los derechos, por lo cual al declararse su fundamentalidad se salvaguardan de intentos legislativos de suprimirlos, reducirlos, vulnerarlos, etc.

Bajo esa misma dirección Ernst Wolfgang, establece que la fundamentalidad es necesaria para evitar su desconocimiento por lo que deben proclamarse como mandato inequívoco constitucional y en ese sentido “*Los mandatos constitucionales son obligaciones jurídicas objetivas en cabeza de los órganos legislativos o administrativos para la realización de la meta o el programa formulado en el*

---

<sup>45</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-666 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 35.

*mandato, a través de medidas apropiadas cuya orientación, medida y modalidades obedecen, en principio, a la apreciación política de los órganos en acción y, con ello, al proceso político*<sup>47</sup>.

Así las cosas, no cabe duda que a la luz, no solo de la realidad de los avances suscitados doctrinaria y jurisprudencialmente, los derechos sociales deben ser considerados como fundamentales, por lo cual entre aquellos, la seguridad social, las pensiones, tienen que poderse exigir mediante la acción de tutela sin que se tenga que establecer la conexidad con otro derecho, por lo que puede resaltarse el gran avance que suscita considerar la fundamentalidad de los derechos sociales, particularmente en lo que compete en la satisfacción de los derechos derivados del trabajo y de la seguridad social, que como se ha propuesto deberá reformarse la jurisdicción laboral y de la seguridad social de fondo, asumiendo una nueva jurisdicción para poder efectivizar los derechos sociales implícitos, consolidando así un verdadero Estado Social de Derecho.

---

<sup>47</sup> Citado por ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Legis Editores. p. 43.

## CAPÍTULO II

### DERECHOS SOCIALES EN PARTICULAR

#### 2.1. Generalidades

A raíz de la expedición de nuestra norma fundamental en el año 1991, se consagraron los siguientes derechos: Los Derechos Fundamentales, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Colectivos. Como se ha venido sosteniendo, estos son derechos fundamentales constitucionales, sin embargo en principio solo los primeros lo son por mandato directo de la constitución, no obstante vemos como la Corte Constitucional ha estimado en determinadas circunstancias, en los dos últimos grupos también existen derechos fundamentales. Así se expresó en su momento la Corte Constitucional:

*“En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha analizado la seguridad social y la salud, particularmente a partir de lo estatuido en los artículos 48 y 49 superiores, catalogados en el acápite de los derechos sociales, económicos y culturales; no obstante ello, se les ha reconocido expresamente carácter de derechos fundamentales per se, ubicados como un mandato propio del Estado social de derecho, hacia el ensamblaje de un sistema conformado por entidades y procedimientos tendientes a procurar una cobertura general, ante las contingencias que puedan afectar el bienestar social, orgánico y psíquico de los seres humanos. Están erigidos y garantizados con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento y apuntalamiento de la calidad de vida de los asociados. (Corte Constitucional, sentencia T-128 de febrero 14 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla)*

Así también fue manifestado en sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: *“... la seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se*

*compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.”*

Esta incertidumbre nominal crea algunas veces el inconveniente de la incertidumbre en torno del juez que debe conocer del asunto, por cuanto se debe establecer si la violación recae sobre un derecho fundamental, o si bien sobre un derecho social. He allí la importancia de tener una claridad conceptual de los derechos fundamentales y de los sociales que gozan de fundamentalidad.

Esta situación de incertidumbre, también se ha presentado en otros tópicos, como el de la responsabilidad médica causada por médicos particulares o médicos al servicio del Estado, con lo cual se ha producido choques de competencia entre los jueces laborales, los administrativos y los civiles quienes tienen una competencia residual, aspectos que tocaremos en este capítulo.

A continuación se explicarán los derechos sociales que tienen relación directa con la temática que se expone a saber: derecho al trabajo, a la seguridad social, a una vivienda digna, a la educación y derechos de los servidores públicos.

## **2.2. El derecho al trabajo**

No se trata de hacer una presentación histórica del origen del trabajo, desde la edad media, hasta la edad contemporánea; como tampoco referirnos a las grandes doctrinas sociales en el reglamento del trabajo, ni mucho menos a las revoluciones que tuvieron ocurrencia en el siglo XIX como la revolución francesa o la revolución industrial, a manera de ejemplos. Simplemente vamos a tratar de simplificar este punto, a lo que representa este derecho como una herramienta fundamental en la sociedad que se traduce en la dignidad del ser humano, para lograr los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

El derecho al trabajo fue codificado en nuestro país, desde el año 1950 con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, que en su artículo 11 afirma: “Toda persona tiene derecho a un trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley”. Disposición anterior que fue constitucionalizada por la norma fundamental, regla 25 que dice: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Esa constitucionalización del derecho al trabajo, ha permitido que la Corte Constitucional sostuviera que:

*El derecho al trabajo es una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene su fundamento en la dignidad de la personas humana. Este conlleva el derecho a obtener un empleo, pero ello no quiere decir, que éste derecho implica que existe una prestación y ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo. Aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el principio de acceso a los cargos según el mérito y capacidad de los aspirantes, requisitos que tiene su aplicación más rigurosa en el ámbito público. Este derecho fundamental, no llega hasta el extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público o privado pues ello desbordaría el legítimo alcance de su concepción y el marco de las demás libertades y garantías consagradas en el estatuto fundamental (Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992).*

Así las cosas, finalmente el artículo 53 superior crea la iniciativa para el Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, que debía contemplar por lo menos los principios mínimos fundamentales, tarea que después de 25 años de rigor de la norma fundamental, no se ha expedido, lo cual en sus inicios puso en duda la vigencia de los principios señalados en la Carta fundamental, pero que finalmente han mantenido su rigor, a pesar de dicha omisión legislativa. Sin embargo, siempre hemos considerado que los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes en la relación laboral, la remuneración mínima vital, la estabilidad en el empleo, la irrenunciabilidad a los

beneficios mínimos establecidos en normas laborales, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajo del menor de edad, al igual que, a la garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y descanso necesario, a la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de lo jurídico, la estabilidad en el empleo, las facultades para conciliar o transigir derechos inciertos y discutibles, la garantía del pago oportuno y el reajuste periódico de las mesadas pensionales, y sobre todo, el derecho a la igualdad, mucho antes de la vigencia de la norma fundamental de 1991 mantienen su vigencia y tal mandato de expedir el Estatuto Único del Trabajo, no puede convertirse en un obstáculo constitucional para que el Congreso expida leyes que finalmente estén consagrando la mayoría de tales mandatos de optimización.

Es totalmente indiscutible, la importancia que en materia de derechos constitucionales ha tenido la Corte Constitucional, desde el año 1991 y como guardiana suprema de la norma fundamental, tal como lo establece el artículo 241 superior, ha generado un cambio de cultura jurídica en sus decisiones constitucionales. De manera que su protección empieza por el propio artículo primero de la Carta, que a la letra dice: *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en el interés general”*.

El derecho al trabajo (artículo 25) y la libertad de escoger profesión u ocupación (artículo 26) son derechos fundamentales cuyo cumplimiento se puede exigir mediante la acción de tutela. Según la Corte, la solución jurídica que proporciona la tutela no protege la expectativa de obtener efectivamente un empleo público o privado (Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1992).

En ese sentido los autores anteriormente citados comentan que: “No obstante, la Corte ha demostrado la exigibilidad judicial del derecho al trabajo en una variedad de formas, especialmente en lo referente a la discriminación. Por

ejemplo, en el caso de una mujer a la que se le negó la admisión en la Academia Naval debido a la política de no admitir mujeres cadetes, la Corte protegió el derecho de la mujer a escoger libremente su ocupación. La Academia alegaba que no tenía instalaciones adecuadas para recibir mujeres cadetes, pero la Corte rechazó el argumento y le ordenó que admitiera a la solicitante, sin perjuicio de que adaptar sus instalaciones a las mujeres, tendría costos significativos (Langford, 2013 p. 241)".

La protección de este derecho no es en vano. Tiene su razón de ser, desde el propio proyecto del acto reformativo de la Constitución de 1886, tal como así lo expresa el constituyente y tratadista Guillermo Guerrero Figueroa (2012):

*"En el proyecto de acto reformativo de la Constitución Política presentado por el autor de este estudio como constituyente y publicado en la Gaceta Constitucional No 6 de febrero 18 de 1991, se expresó en la "Exposición de motivos" que el Estado Social debe acentuar la importancia del trabajo como valor jurídico-político que lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad. Se trata de una actividad libre, consiente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumentos de labores. Tiene un significado ético. Que la constitución debía contemplar normas, como en efecto se aprobaron, que sirvieron de marco para un nuevo derecho laboral que garantice la idea y condiciones de que la finalidad última o suprema de ese derecho es otorgar a los trabajadores una existencia digna con un nivel económico decoroso. Se llegó a la incorporación del trabajo, en la nueva Constitución, con la jerarquía de un derecho inmanente, que se entronca en la persona humana y es inherente a su vida, y como tal, exige la protección constitucional" (Guerrero, 2012, p. 217-218).*

Por otro lado, la misma Corte Constitucional manifestó lo siguiente en sentencia C-546 del 1º de octubre de 1992: "...el trabajo, además de ser un Derecho Fundamental es un principio fundante del Estado colombiano...es ciertamente un derecho humano (art.29) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la



dignidad humana un principio o elemento fundamental del nuevo orden Estatal (art. 1º).

En el mismo sentido existen otros pronunciamientos de la Corte Constitucional como la T-446/92, T-457/92 y T-462 de la misma anualidad. Posturas que mantienen su vigencia. Así lo podemos constatar en la Sentencia T-791/10:

*“Ahora bien, el trabajo, no solo como derecho fundamental sino también como obligación social, goza de especial protección del Estado que supone, necesariamente, la garantía de su realización en condiciones dignas y justas (C.P. art. 25). Pero esta noción de dignidad y justicia no puede concebirse en forma abstracta y meramente axiológica, por cuanto el texto Constitucional la reviste, autónomamente, de eficacia jurídica. Con todo, dada la amplitud e indeterminación de esta cláusula, lo cierto es que sus elementos conceptuales los debe concretar y puntualizar el intérprete, siempre en busca de la defensa de un orden colectivo fundado en el respeto de la dignidad humana.*

*Esta Corporación en repetidas ocasiones como en la sentencias T-234 de 1997, T-170 de 1998, T-651 de 1998, T-045 de 1999, T-929 de 1999, T-261 de 2000, T-744 de 2000, T-064 de 2001, T-191 de 2001, T-375 de 2001, T-750 de 2001, entre otras, ha hecho énfasis en algunos de los aspectos que integran la noción de trabajo como derecho y obligación social en condiciones dignas y justas. La Sala destaca los siguientes: (i) proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo, (ii) pago completo y oportuno de salarios, (iii) libertad de escoger sistema prestacional, específicamente en cuanto al régimen de cesantías, (iv) asignación de funciones e implementos de trabajo, (v) no reducción del salario, (vi) aplicación del principio según el cual, a trabajo igual, salario igual, (vii) ausencia de persecución laboral y, **(viii) ofrecimiento de un ambiente adecuado para el desempeño de las tareas.** (Resaltado fuera de texto)*

Tratándose del trabajo como un principio fundante, debemos entender por principios,

[L]as “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario” (Alexy, 1998, p. 143).

### **2.3. El derecho a la seguridad social**

El derecho a la seguridad social no ha nacido por generación espontánea, son las necesidades sociales y sobre todo de la clase obrera las que en su momento plantearon las exigencias de tener instrumentos de protección para lograr una vida digna que pueda acercarlos más a la igualdad material de condiciones de vida, no solamente en el trabajo, sino también en la salud y en el bienestar en general. El concepto de seguridad social, nace como un mecanismo para conjurar las necesidades básicas de la población. El consejero de Estado y tratadista, Gerardo Arenas Monsalve, citando al profesor francés, Paul Durand(1991), ha señalado que la formación del sistema de seguros sociales en Alemania se consagró con las leyes promulgadas entre 1883 y 1889, debido al crecimiento demográfico y el proceso de industrialización en Alemania, hacía mediados del siglo XIX, fue determinante para que surgiera un proletariado urbano especialmente expuesto a los riesgos sociales, lo que originó la asociación sindical y posteriormente el partido social demócrata, las crisis económicas, el cierre de fábricas y huelgas que dieron lugar a las ideas socialistas y el acceso del proletariado al parlamento, lo que inquietó al Canciller Bismarck, que se decidió a poner en práctica una política de “habilidad y fuerza”, en la que restringió notoriamente las libertades sindicales y a la vez se dio cuenta de la necesidad de mejorar la clase obrera, esperando con ello suprimir las causas de

la agitación popular y desviar las masas del socialismo. Sigue señalando él Dr. Arenas Monsalve que:

“Finalmente debe destacarse el surgimiento en Alemania de una corriente de pensamiento hostil al liberalismo social, en la cual economistas y escritores políticos propiciaban amortiguar los conflictos entre el capital y el trabajo, y estimaban que el Estado no puede permanecer indiferente a la miseria acudiendo a los impuestos. Esta doctrina del socialismo de Estado prestó a Bismarck la base ideológica para el fin político que se había propuesto (Arenas, 2011, p. 18-19).

Históricamente es incontrovertible la influencia del seguro obligatorio Alemán, en otras latitudes como los países bajos (Holanda). Contrario ocurrió con Gran Bretaña, que manejó el concepto de asistencia con amplias prerrogativas estatales. El maestro, Arenas Monsalve en su obra citada, alude a Durand, quien afirma:

“El sistema globalmente considerado, en el resultado del esfuerzo de imaginación creadora de muchos como Alemania que concibió la técnica de los seguros sociales. Gran Bretaña ha sido la primera en organizar la reparación de los riesgos profesionales sobre la base del principio del riesgo...y la audacia de organizar un sistema diversificado de prestaciones familiares. Nueva Zelanda ha ofrecido al mundo una concepción, enteramente nueva, de un seguro social extendido a toda la población y financiado a través de los impuestos. Los hallazgos sociales que se ha producido en un país han penetrado insensiblemente en los otros. Un recíproco enriquecimiento ha permitido la lenta formación de un fondo legislativo común en el que cada pueblo ha aportado a la comunidad internacional la contribución de su propio genio (Arenas, 2011, p. 22).

Por otro lado, Hay que aclarar que la protección de los derechos sociales visto como el conjunto de las medidas institucionales de satisfacción de necesidades en salud por ejemplo, se consagró en la ley americana de seguridad

social de 1935, influenciada también por la carta weimariana de 1919 (López, 2010, p. 239). Esta ley que fue debatida y en 1937 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció que esta normatividad se encontraba adecuada a los principios de la Constitución, criterio sostenido indefinidamente hasta nuestros días.

En el campo nacional, la Constitución de 1886, en su artículo 19 consagró lo que se denominó asistencia pública como una función del Estado y se debe prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado. Esta transformación sustantiva es expresada por la Corte Constitucional colombiana:

*“El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formal tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. (Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1992).*

De manera que tales propósitos estatales, debían tener como vehículo la seguridad social integral plasmada en el artículo 48 superior como su fundamento constitucional. Solo que dicha regla constitucional debía ser reglamentada para no quedarse en letra muerta, por lo que el constituyente consagró el artículo 57 transitorio en los siguientes términos:

“El Gobierno formará una comisión integrada por representantes del

Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales, para que en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, elabore una propuesta que desarrolle las normas sobre seguridad social. Esta propuesta servirá de base al Gobierno para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar a consideración del Congreso”.

Efectivamente, dicha comisión dio como resultado los proyectos en senado y cámara, que desembocaron en la aprobación y expedición el 23 de diciembre de 1993 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia el 1º de abril de 1994. Solo que para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital rige desde el 30 de junio de 1995. Desde esa época se han expedido un sin número de leyes y decretos reglamentarios que por su importancia capital mencionamos en el Sistema General de Pensiones, las leyes 797 y 860 de 2003, la cual tuvieron como trasfondo el desmonte paulatino del régimen de transición que previó el artículo 36 de la citada ley 100 de 1993. En efecto el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, que buscaba ese propósito fue declarado inexecutable por la Sentencia C-1056 de 2003 de la Corte Constitucional, ni siquiera por asuntos sustanciales, sino por vicios de trámite en la aprobación de la ley. Igualmente ocurrió con la Ley 860 de 2003 donde se insistía en el desmonte de dicho régimen de transición en su artículo 4º corriendo con la misma suerte de inexecutable declarada en la Sentencia C-754 de 2004 y por los mismos motivos de vicios de trámite. Finalmente los requisitos y condiciones originales del artículo 36 de la mentada ley 100 se mantuvieron incólume.

Ante el anterior fracaso legislativo del Gobierno, éste opta por otra salida y somete dicho desmonte, entre otros temas, al referendun, derrotándose nuevamente al Gobierno en su afán de acabar con las virtudes pensionales de la Ley 100 de 1993 y como una rebeldía presidencial, no le tocó otra alternativa legislativa que expedir el Acto Legislativo 001 de 2005 que adiciona el artículo 48

superior y dispuso sobre el régimen de transición, lo más bendito para el trabajador, lo siguiente:

“PARÁGRAFO TRANSITORIO 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

Esta salida presidencial no solo desmontó el régimen de transición, sino que también acabó con la mesada catorce y los regímenes excepcionales salvo el presidencial y las fuerzas armadas y policía nacional.

Una mayor ilustración, la tenemos con el tratadista Arenas (2011, p. 308) cuando nos enseña que, éste desmonte del régimen de transición, en consecuencia está sometido a dos reglas básicas: En primer término, y como regla general, el régimen de transición pensional pierde vigencia el 31 de julio de 2010. Esto significa que las personas que siendo sujetos del régimen pretendan su aplicación, deben cumplir los requisitos de pensión (edad y tiempo de servicios) del régimen anterior que le sea aplicable, ante de la fecha señalada. En consecuencia, si cumplen tales requisitos después de esa fecha, pierden el régimen de transición y deberán obtener su pensión conforme a las reglas de la Ley 100 y la Ley 797. En segundo lugar, la norma constitucional establece una excepción a la regla anterior: las personas que sean sujetos del régimen de transición y además cumplan el requisito de tener cotizadas 750 semanas (o su equivalente en tiempo de servicios) a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, no pierden el régimen de transición el 31 de diciembre

del año 2014, de modo que si cumplen los requisitos pensionales del respectivo régimen anterior hasta antes de ésta última fecha, conservan el régimen de transición; y si los cumplen con posterioridad, lo habrán perdido.

No solamente se trata de un derecho social, sino también de un derecho fundamental que también debe ser considerado a la luz del bloque de constitucionalidad. Así lo ha expresado nuestro tribunal supremo constitucional:

*“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.”* (Corte Constitucional, en la Sentencia T-032 de 2012)

Sigue afirmando esta corporación, en sentencia T-658 del 1 de julio de 2008, que, “De esta manera, siguiendo el lineamiento constitucional esbozado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política que establece que todos los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es de vital importancia establecer el contenido del derecho a la seguridad social a la luz de las preceptivas internacionales. Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

*“Sobre el particular, de manera reciente el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19,*

*sobre "El derecho a la seguridad social (artículo 9)". De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos, en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales."*

*(...) De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo."* (Corte Constitucional, sentencia T-658 del 1 de julio de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) (Subraya fuera de texto).

De lo anterior se puede concluir que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria. De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, máxime si al interior del mismo se encuentran hijos menores de 18 años, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral".



Finalmente, es importante diferenciar cuando la seguridad social es un derecho programático o por el contrario, es un derecho de aplicación inmediata. Este asunto fue tratado en el documento llamado “Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social”, de los autores Magdalena Sepúlveda y César Rodríguez Garavito quienes manifestaron:

En 1992 se tomó una decisión histórica con respecto a la seguridad social. Un ciudadano de 63 años, que vivía en absoluta pobreza, sin contacto con su familia, pidió mediante una acción de tutela que el Estado le proporcionara asistencia económica para someterse a una operación ocular que le permitiría recuperar la vista. En su sentencia que es una muestra de activismo judicial garantista de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte reconoció que el ámbito y el contenido de los beneficios sociales se deberían determinar por la ley. Estableció que el Congreso, sin embargo, no había cumplido con su deber de adoptar una ley que se ocupara de la situación de personas en las condiciones del demandante, y que ese vacío en el sistema de protección de la seguridad social justificaba la protección de la Corte. Por consiguiente, la Corte concedió la tutela y ordenó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales proporcionar el tratamiento”. (p. 243)

Debemos destacar que en esta sentencia, la Corte Constitucional, establece el test de ponderación para determinar cuándo se está en presencia de un derecho de aplicación inmediata:

- a) El individuo está en una situación de debilidad manifiesta debido a su situación económica, física o mental.
- b) No hay posibilidad para el individuo o su familia de tomar una acción que les permita remediar la situación.
- c) El Estado tiene la posibilidad de remediar o mitigar su condición.

- d) La inacción o la omisión del Estado afectará la capacidad del individuo de gozar de las condiciones mínimas de una vida digna. (Sentencia T-533 de 1992)

Siendo el tema de seguridad social integral, de un vasto y profundo contenido social, en este trabajo no se trata de entrañar todas sus ventajas sociales, sino básicamente de resaltar su naturaleza de derecho fundamental constitucional, cuya titularidad erga omnes , es el pilar para lograr la dignidad humana, siendo esta la razón de acceso a toda la población, mediante el mecanismo de la acción de tutela y demás acciones ordinarias que procedan a su materialización que a no dudarlo, con la ampliación de competencia y una futura jurisdicción social que se propone, los fines del Estado serán cumplidos a cabalidad.

## **2.4. El derecho a una vivienda digna**

Consagra el artículo 51 superior, el derecho a vivienda digna, en los siguientes términos:

“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el derecho a la vivienda digna como aquel dirigido a suplir la necesidad humana de “disponer de un sitio de vivienda, sea propio o ajeno, que reviste las características para poder realizar de manera digna el proyecto de vida”. Este derecho se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 51 de la Carta Política, dentro del

capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, prerrogativas con las cuales se busca garantizar la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, especialmente la de promover la prosperidad general.

El derecho a la vivienda, solo puede obtenerse al igual que todos los derechos de conformidad con la ley; y no desconociendo derechos de los coasociados, como se ha pretendido, al convertir a los “invasores”, en titulares reclamantes del derecho a la vivienda, establecido en la Constitución Política. Se trata de un derecho asistencial promovido por el Estado, de acuerdo con la Ley, para ser prestado directamente por este o a través de entes asociativos igualmente regulados jurídicamente tal como se ha expresado. De suerte que no es un derecho fundamental.

En efecto, nuestro máximo Tribunal Constitucional, en sus albores estimó que el derecho a la vivienda era netamente prestacional, pero luego ha considerado que atendiendo la necesidad de la vivienda, excepcionalmente puede constituirse en un derecho fundamental. Sobre este tópico ilustra el Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 19 de marzo de 2013 al estudiar el tema reflexionó lo siguiente:

*“Puntualmente, la Corte concluyó: “Cuando la protección del derecho a la vivienda digna sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto- si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria de cara a las*

*circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado”.*( Tribunal Administrativo de Boyacá Sentencia del 19 de marzo de 2013, Radicado 15001333300320130001501, MP. Felix Alberto Rodríguez Riveros).

A lo largo de la vigencia de nuestra carta magna, se han venido presentando casos en donde la Corte Constitucional ha amparado este derecho por conexidad con otro derecho fundamental, pero igualmente en casos excepcionales este derecho opera en forma directa. Así lo expreso categóricamente el máximo Tribunal:

“DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-Procedencia de tutela como mecanismo de protección cuando adquiere rango fundamental. El derecho a la vivienda digna, como fundamental que es, puede ser exigido mediante tutela, de acuerdo a su contenido mínimo, que debe comprender la posibilidad real de gozar de un espacio material delimitado y exclusivo, en el cual la persona y su familia puedan habitar y llevar a cabo los respectivos proyectos de vida, en condiciones que permitan desarrollarse como individuos dignos, integrados a la sociedad. En este sentido, la tutela del derecho fundamental a la vivienda digna procede de manera directa, sin necesidad de apelar a la conexidad, admitiendo la acción de amparo acorde con los requisitos generales determinados al efecto. Con todo, no puede pretermitirse que el derecho fundamental a la vivienda digna está sujeto a un criterio de progresividad en su cobertura, que permite que su ejecución siga parámetros de justicia distributiva, debiendo priorizarse cuando se requiera con mayor apremio, por razones de edad (niñez, senectud), embarazo y discapacidad, entre otras. (Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2013).

Con ocasión del conflicto armado interno, que ha causado un desplazamiento forzado de muchas familias del campo hacía la ciudad, en busca de seguridad para sus vidas por la imposibilidad de regresar a sus tierras. Ha sido

una situación que ha motivado a la Corte Constitucional en la Sentencia T-239 de 2013 a buscarle solución constitucional y por eso viene protegiendo por intermedio de la acción de amparo, a las personas desplazadas de dicho conflicto, precisamente por la pérdida de su vivienda. En ese sentido plantea:

*“Así entonces, debido a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra esta población, en sentencia T-025 de 2004 la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional. La jurisprudencia ha considerado que el concepto de “desplazado” debe ser entendido desde una perspectiva amplia toda vez que por la complejidad y las particularidades concretas del conflicto armado existente en Colombia, no es posible establecer unas circunstancias fácticas únicas o parámetros cerrados o definitivos que permitan configurar una situación de desplazamiento forzado por tratarse de una situación cambiante. Por lo tanto, en aquellos eventos en los que se presente duda resulta aplicable el principio pro homine. De otra parte, debido a los numerosos derechos constitucionales afectados por el desplazamiento y en consideración a las especiales circunstancias de debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido, con fundamento en el artículo 13 constitucional, el derecho a recibir de manera urgente un trato preferente por parte del Estado, el cual se caracteriza por la prontitud en la atención de sus necesidades, puesto que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara.” La jurisprudencia constitucional ha sostenido también que este deber estatal además de encontrar soporte en el artículo 13 de la Carta, tiene su fundamento último en la imposibilidad del Estado para cumplir con la obligación básica de preservar las condiciones mínimas de orden público necesarias para prevenir el desplazamiento forzado de personas y garantizar la seguridad de todos sus asociados” (Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 2013).*

Desde el punto de vista legal, tenemos la Ley 546 del 23 de diciembre de 1999, expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico, o ley marco de vivienda, por medio la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado de financiación, se crean instrumentos de ahorro destinados a dicha vivienda, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Serán beneficiarios de la vivienda gratuita, a título de subsidio en especie, quienes cumplan con los criterios de priorización y focalización que defina al Gobierno Nacional. La asignación beneficiará en forma preferente a la población que se encuentre en alguna de las siguientes condiciones:

a) que esté vinculada a programas sociales del Estado que tengan por objeto la superación de la pobreza extrema o que se encuentre dentro del rango de pobreza extrema. b) que esté en situación de desplazamiento, c) que haya sido afectada por desastres naturales, calamidades públicas o emergencias y/o. d) que se encuentre habitando en zonas de alto riesgo no mitigable. Dentro de la población en estas condiciones, se dará prioridad a las mujeres y hombres cabeza de hogar, personas en situación de discapacidad y adultos mayores. Para la asignación del subsidio, se excluirá de la conformación del hogar postulante a las personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos en contra de menores de edad, de acuerdo con lo que certifique la autoridad competente. En este caso, cuando no exista otro mayor de edad dentro del hogar, se velará por el acceso efectivo al proceso de postulación de los menores de edad, a través de la persona que los represente. Quienes ya son beneficiarios de subsidios familiares de vivienda en dinero, tienen las siguientes posibilidades:

- Los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda en la modalidad de arrendamiento, tendrán derecho a postularse nuevamente para el acceso al subsidio familiar de vivienda, en las modalidades de adquisición, construcción o

mejoramiento, de acuerdo con el reglamento que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Previo cumplimiento de los requisitos de selección que se indican en la ley, y con autorización de la entidad otorgante, podrá aportar el subsidio a los patrimonios autónomos que se constituyan, de acuerdo con la ley, para el desarrollo de proyectos de vivienda, y a cambio recibir una vivienda gratuita. Posteriormente se expide la Ley 1537 de 2012, por medio de la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y dictan otras disposiciones.

De manera que este derecho a la vivienda digna, desde la aparición del desplazamiento forzado, el Estado ha venido tratando de regresarles ese derecho a todas esas personas en tales condiciones.

## **2.5. El derecho a la educación**

Según LANGFORD, (2013) “La Constitución reconoce el derecho a la educación como un derecho fundamental directamente exigible ante los tribunales mediante la acción de tutela, incluso cuando los encargados de prestar servicios educativos son sujetos particulares (artículo 27). Según la Constitución, la educación es obligatoria y gratuita en las instituciones estatales para los niños entre las edades de cinco y quince años que no se puedan permitir pagarla (art.67), Además, en el caso de los niños, el derecho a la educación se debe considerar conjuntamente con la norma constitucional que establece medidas especiales protectoras para este sector poblacional (art.44). Esta norma reconoce que los niños gozan de los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La Corte Constitucional ha destacado este último aspecto: La protección constitucional también debe tener en cuenta el ámbito más amplio del derecho a la

educación regulado en las normas internacionales, en especial las contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Así por ejemplo, a pesar del hecho de que la constitución establece una edad mínima para la educación gratuita (los 15 años de edad), la Corte ha determinado que esa norma se debe interpretar en conjunción con la CDN, que estima que un niño es cualquier persona con menos de 18 años. Por consiguiente, aquellos niños entre 15 y 18 años que todavía no han completado 9 años de instrucción básica, tienen como en el caso de cualquier niño menor de 15 años, el derecho inmediato a la educación gratuita por parte del Estado. La Corte ha desarrollado una amplia jurisprudencia con respecto al derecho a la educación, con una atención destacada al deber del Estado de garantizar el acceso a las instituciones educativas. Por lo tanto, la Corte ha determinado que hay una violación del derecho a la educación cuando las escuelas públicas o privadas les niegan el acceso a los niños sin una justificación adecuada. La Corte ha observado que el derecho a la educación implica también deberes de los estudiantes. En consecuencia, si un estudiante no cumple con los requisitos disciplinarios, se le pueden imponer sanciones. No obstante, la Corte ha señalado que las normas obligatorias sobre apariencia física (por ejemplo, las reglas sobre el largo del pelo, código de vestimenta y prohibición de maquillaje) deben ser proporcionales, razonables y no contrarias a la dignidad humana. Por ejemplo, la Corte ha considerado que no es razonable negar el derecho a la educación a los estudiantes que incumplen las normas sobre el largo del pelo o la expulsión de una estudiante por estar embarazada. Varios casos se han ocupado del derecho a la educación en las escuelas privadas. Por ejemplo, la Corte ha establecido que el derecho a la educación se viola cuando una escuela privada suspende abruptamente la escolaridad de un menor porque sus padres o aquellos responsables de costear su mensualidad escolar no pagan. El derecho a la igualdad de acceso a la educación también se viola cuando una escuela privada se niega a continuar prestando servicios educativos a un niño con desorden de déficit de atención. En este caso, luego de considerar la disponibilidad limitada de los programas de educación especial, la naturaleza generalizada de este fenómeno y



las graves consecuencias para los niños y la sociedad si se margina a estos menores. La Corte ordenó que todas las escuelas deben proporcionar educación a los niños con desorden de déficit de atención si no hay escuelas especializadas en este tipo de educación.

En artículo anterior, el autor se fundamentó en varios pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, citadas en su texto original.

Así las cosas, debemos precisar que, “la educación es un derecho fundamental por lo que es inherente, inalienable, esencial a la persona humana, que realiza el valor y principio material de la igualdad consagrado en el preámbulo de la Constitución Nacional y en los artículos 5º y 13 de la misma carta política. La educación está reconocida en forma expresa en el artículo 44, cuando hace referencia a los derechos fundamentales de los niños, señalando entre otros el derecho a la educación y a la cultura. El artículo 67, no obstante encontrarse fuera del título II capítulo I como derecho fundamental ha sido reconocido como tal por esta característica, habida cuenta que uno de los criterios principales que ha señalado esta corporación, ha sido el sujeto, razón y fin de la nueva Constitución Nacional esto es la persona humana. (Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 1992).

El artículo 67 de la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. La relevancia de esa función social explica que la norma superior le haya asignado a la familia, a la sociedad y al Estado una corresponsabilidad en la materialización de esas aspiraciones y que haya comprometido a este último con tareas concretas que abarcan, desde la regulación y el ejercicio del control y vigilancia del servicio

educativo, hasta la garantía de su calidad, de su adecuado cubrimiento y la formación moral, física e intelectual de los estudiantes. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política.

Sigue diciendo la Corte: La dimensión de accesibilidad protege el derecho individual de ingresar al sistema educativo en condiciones de igualdad o, dicho de otra manera, la eliminación de cualquier forma de discriminación que pueda obstaculizar el acceso al mismo. De manera más concreta, se ha considerado que esas condiciones de igualdad comprenden i) la imposibilidad de restringir el acceso por motivos prohibidos, de manera que todos tengan cabida, en especial quienes hacen parte de los grupos más vulnerables; ii) la accesibilidad material o geográfica, que se logra con instituciones de acceso razonable y herramientas tecnológicas modernas y iii) la accesibilidad económica, que involucra la gratuidad de la educación primaria y la implementación gradual de la enseñanza secundaria y superior gratuita. Finalmente termina afirmando este ente constitucional que: Cada una de las dimensiones del derecho a la educación le impone a los Estados obligaciones de tres tipos: de respeto, que se traducen en la imposibilidad de interferir en el disfrute del derecho; de protección, que les exigen adoptar medidas para evitar interferencias de terceros y de cumplimiento, que comportan prestaciones e involucren, a su vez, obligaciones de facilitar y proveer. Cada una de ellas difiere, adicionalmente, en atención al momento en que debe verificarse su

cumplimiento: inmediatamente, desde el momento mismo de ratificación del instrumento internacional que las contempla, o de forma progresiva, esto es, avanzando de manera gradual pero constante, lo cual incluye la prohibición de medidas regresivas que afecten el grado de goce del respectivo derecho. Por regla general, las obligaciones de respeto y de protección son de cumplimiento inmediato, en la medida en que no exigen del Estado ningún tipo de erogación, sino, como acaba de indicarse, abstenerse de obstaculizar el disfrute del derecho a la educación o impedir que terceros lo alteren. típicos ejemplos de este tipo de obligaciones son las de respetar la libertad de los agentes privados para crear instituciones de enseñanza, abstenerse de cerrar centros educativos, velar por el derecho de acceso sin discriminaciones a las instituciones y programas de enseñanza públicos y por la compatibilidad de la disciplina escolar con la dignidad humana. En cambio, las obligaciones de cumplir suelen requerir la movilización de recursos económicos y un desarrollo normativo, reglamentario y técnico destinado a identificar los requisitos que determinan su exigibilidad, al responsable de su garantía y las fuentes de financiación que permitirán cubrirlas. (Corte Constitucional, Sentencia T-743 de 2013, MP. Luís Ernesto Vargas Silva).

## **2.6. El derecho laboral del servidor público hace parte del derecho social**

Empezamos con nuestra norma fundamental, al señalar en su artículo 122 que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas...”. Disposición anterior que se armoniza con los artículos 123, 124 y 125, en el entendido de que son servidores públicos, los

miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios y su vinculación a la administración pública, debe ser mediante la carrera administrativa, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

También es de vital importancia, los artículos 3º y 4º del CST., que señala que dicho código solo regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares. Situación que se confirma cuando seguidamente se dice que las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten.

La prestación personal de un servicio, en cualquiera de sus modalidades de vinculación con un empleador, ya sea este público o privado, trátase de empleados públicos o trabajadores oficiales, siempre debe generar unos derechos laborales, a favor de la persona que lo preste, y unas obligaciones en contra de quien lo recibe. De acuerdo con el art. 5º de la Ley 4ª de 1913 son empleados públicos, los simples funcionarios públicos o empleados, que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no puede ejercitar sino en su calidad de empleados. Los meros oficiales públicos (o trabajadores oficiales) son empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aún sin tener la calidad de empleado. Por otro lado, tenemos el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 que señala que no son empleados públicos y son trabajadores oficiales quienes laboren en:

- a) Construcción o sostenimiento de obras públicas, o
- b) Empresas Industriales y Comerciales (...),o
- c) En instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

Para lo que interesa al presente trabajo, debemos entender que existe la relación laboral bien sea a través de un contrato de trabajo, o vinculación a la administración pública por medio de la relación legal o reglamentaria que se traduce en una función pública o administrativa. Cualquiera de las dos formas de prestar un servicio personal, conlleva implícitamente un trabajo que debe ser reconocido.

No se está lejos del pensamiento del profesor De La Cueva (1984, p. 623) cuando critica la teoría orgánica-administrativa-estatutaria: “Su extensión a todas las relaciones jurídicas laborales, independiente de la situación de la persona que recibe la energía de trabajo y de la finalidad a que la destina”. Criterio por el compartido por Villegas (2010, p. 58) cuando afirma: “Por ello compartimos el concepto según el cual existe la: “(...) necesidad de que el personal ejecutivo de la administración pública se regule por las normas del Derecho Privado. Ello en razón de la semejanza cada vez mayor de los principios esenciales que informan la regulación del empleo público y privado (...)...Todo ello: Estatuto del Trabajo común al trabajo en todas sus modalidades y vínculo contractual para los empleados públicos, exige jurídicamente una Ley para el Estatuto y una reforma constitucional para la contractualización. Debemos pues razonar sobre esa base jurídica firme y no simplemente estrellarnos contra la realidad por asumir que nuestros deseos tienen por sí la virtualidad jurídica”.

En nuestro criterio no se torna descabellada la tesis de este ilustre profesor, al tener un fundamento constitucional, que lo encontramos en el artículo 53 de nuestra Constitución cuando ordena que el Congreso expedirá el estatuto del Trabajo, el cual debe contener como mínimos los principios que se indican en dicha disposición constitucional.

De manera que si ya está sentada la plataforma constitucional de conjugar en un solo estatuto, todo lo relacionado con el derecho sustantivo del trabajo,

independientemente si se presta en el sector público o en sector privado, no vemos impedimento legal para que sea un solo juez natural, quien dirima todos los asuntos que se deriven en razón o con ocasión de una relación laboral contenida o no en un contrato de trabajo o en una relación legal o reglamentaria. Solo basta que se respete el artículo 29 superior, que nos enseña que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

## **CAPITULO III**

### **MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.**

#### **ACCIONES CONSTITUCIONALES**

##### **3.1. Generalidades**

A lo largo de la historia las sociedades han venido planteando nuevas y cambiantes necesidades de la persona, individualmente considerada por un lado, y de otro, como miembro integrante de una sociedad, bien como miembro o núcleo de una familia, de un grupo racial, de un sector o estrato socio-económico, como unidad de explotación o de producción, en fin, todo dentro de las condiciones sociales, políticas, económicas, ambientales etc., de cada individuo, que de conformidad con su clasificación se hace sujeto pasivo de un tratamiento legal distintivo por parte de cada ente estatal. Tal como lo afirma Naranjo Mesa (1995):

“Otra de las condiciones indispensables para que pueda existir una democracia clásica es, como antes se indicó, que los derechos individuales y colectivos y las libertades públicas no solo estén consagrados dentro del marco de la Constitución, si no que sean efectivamente garantizados y respetados por parte de los gobernantes” (p.446).

En la evolución legislativa de las Constituciones en Colombia, si bien es cierto existía la consagración suprema de los derechos de las personas, y la correlativa obligación estatal de protegerlos, sólo se acoge de manera literal y expresa en la Constitución de 1991, Capítulo 4 del Título II, cuando establece los mecanismos de amparo Constitucional inmediato y preferencial a los Derechos fundamentales. En ese sentido precisa la Corte Constitucional:

*“La opción por la primacía de los derechos fundamentales, sobre las llamadas “razones de Estado”, históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa in abstracto de valores y nociones como la moral, el “orden público”, las buenas costumbres o el interés general, llevó al Constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles. El libre ejercicio de los derechos no condicionados a lo establecido por ley, así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estado de excepción, se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales. El constituyente optó por excluir de las disposiciones sobre derechos fundamentales su condicionamiento a nociones como la moral, el orden público, o la Ley, prefiriendo elevar estos valores a derechos constitucionales: derecho a la honra, derecho a la paz, derecho a la intimidad, derecho al debido proceso” (Sentencia T-403 de 3 de junio de 1992).*

Vemos entonces en la práctica adjetiva, como el contenido de valores y derechos allí comprendidos, se desarrollan e interconectan con uno y otro ámbito de aplicación, trascendiendo en muchas ocasiones en distintas jurisdicciones dada la naturaleza de la norma a desarrollar y de los derechos que se conculcan, atendiendo a conceptos de urgencia manifiesta y trámite preferente, se ha establecido en nuestra Constitución Nacional los mecanismos o acciones legales cuya característica común es, entre otras, la de precaver acciones ordinarias y la salvaguarda de la integridad de los derechos constitucionales del individuo y la comunidad en general en el marco del respeto mutuo e integridad normativa.

En algunas ocasiones, tanto los particulares como las entidades públicas y privadas pueden generar, con sus acciones u omisiones, amenaza grave, inminente o incluso perjuicios de los derechos sociales, individuales inalienables o colectivos de las personas o de las comunidades que aquellas integran. Si bien nos hemos referido a las acciones constitucionales en términos generales, se considera que las acciones constitucionales como el habeas corpus, y el habeas data, no entrarían a



ser parte de las materias que serían objeto de competencia de la ampliación de competencia de los jueces laborales y de la seguridad social que se propone, por las siguientes razones:

1. Frente al habeas corpus, se trata de una acción constitucional que busca proteger de manera privilegiada, pronta e inminente, el derecho natural de la libertad del ser humano. Bien apreciado, sin el cual los demás no tendrían razón de ser por la falta de locomoción del individuo, por lo tanto, deben ser todas las jurisdicciones consagradas en la constitución, las competentes para resolver en las treinta y seis horas, esta acción constitucional.
2. De atribuírsela a la jurisdicción social que se propone, podría desnaturalizar su naturaleza, por cuanto los jueces en lo social, deben estar solucionando los derechos económicos, culturales y sociales.
3. En cuanto al habeas data, realmente no se trata de una acción constitucional independiente, sino que dicho derecho al buen nombre se ventila a través de la acción de tutela.

A continuación se presenta en una tabla las características de las acciones constitucionales establecidas para la justiciabilidad de derechos fundamentales y sociales fundamentales. De ella podemos observar las semejanzas y diferencias, a partir de las características, naturaleza, objeto, petición, sujeto activo, sujeto pasivo, caducidad o termino para presentarla, requisitos de procedibilidad, competencia, medida provisional, procedimiento, termino para fallar, sentencia, contenido de la sentencia, entre otros aspectos.

Las acciones constitucionales, hoy por hoy no han escapado del peregrinaje judicial por las controversias que han suscita no solo el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, sino también los Decretos 1382 de 2000 y 1834 de 2015 al confundir estos últimos como portadores de reglas de competencia y no como lo que verdaderamente quiso el legislador, *reglas de reparto*.

### Características de las Acciones Constitucionales

ACCIONES  CARACTERISTICAS	TUTELA ART. 86	CUMPLIMIENTO ART 87	POPULAR ART. 88	GRUPO LEY 472 DE 1998
	NATURALEZA DE LA ACCION			
	subsidiaria y residual	subsidiaria y residual	acción principal	acción principal
OBJETO	conjurar de manera inmediata amenaza o vulneración de derechos fundamentales	proteger la eficacia del ordenamiento jurídico (protección de interés general)	protege los derechos e interese colectivos (art. 4 ley 472 de 1998)	obtención de indemnización de perjuicios causados a un determinado número de personas (no menos de 20)
PETICION	la protección de los derechos fundamentales	el cumplimiento de normas vigentes con fuerza material de ley o actos administrativos.	protección a la comunidad en sus derechos e intereses colectivos	indemnización dineraria de perjuicios
SUJETO ACTIVO	cualquier persona art. 86 cp	natural o jurídica ley 393 de 1997	cualquier persona natural o jurídica art. 12 y ss ley 472 del 98	cualquier persona natural o jurídica art. 12 y ss ley 472 del 98
SUJETO PASIVO	autoridades públicas o particulares	autoridad pública o particular en ejercicio de función publica	autoridad, persona natural o jurídica. art. 14 ley 472 de 1998	autoridad, persona natural o jurídica. art. 14 ley 472 de 1998
CADUCIDAD/TERMINOS PARA LA PRESENTACION	cualquier tiempo art. 11 dec 2591	cualquier tiempo siempre que el acto incumplido no pierda fuerza ejecutoria art. 164 # 1 cpaca	cualquier tiempo aun durante estados de excepción	dos años a partir del hecho dañoso y cuatro si el daño es por un acto administrativo (a partir de su notificación, publicación o ejecución) art. 164 ley 1437 de 2011
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	s-r	la ratificación del incumplimiento por parte de la entidad obligada art. 8 # 2 a menos q exista perjuicio irremediable	si es ante la jurisdicción civil no existe. la ley 1437 en su art. 144 de agotamiento de jurisdicción antes de acudir ante el juez	si es ante la jurisdicción civil no existe. la ley 1437 en su art. 144 de agotamiento de jurisdicción antes de acudir ante el juez en la acción de grupo cuando sea el daño derivado de un acto administrativo cualquiera de los integrantes del grupo podrá agotar vía gubernativa

<b>COMPETENCIA</b>	art. 37 del decreto 2591 de 1991 8 factor territorial y contra medios de comunicación)	art. 3 ley 393 de 1997, jueces administrativos en primera instancia y tribunales administrativos en segunda	art. 50 y ss de la ley 472 de 1998 (jurisdicción ordinaria juez civil circuito primera y mag de tribunal sala civil en segunda) art. 150 y 152 del cpaca contra aut del orden nacional en 1a instancia el tribunal administrativo y en segunda el ce si es contra aut del orden departamental en primera juez administrativo y en segunda tribunal administrativo	art. 50 y ss de la ley 472 de 1998 (jurisdicción ordinaria juez civil circuito primera y mag de tribunal sala civil en segunda) art. 150 y 152 del cpaca contra aut del orden nacional en 1a instancia el tribunal administrativo y en segunda el ce si es contra aut del orden departamental en primera juez administrativo y en segunda tribunal administrativo
<b>MEDIDA PROVISIONAL</b>	siempre y cuando evite un perjuicio irremediable	analógicamente se remite al artículo 229 y ss del cpaca	art. 58 ley 472 de 1998, proceden las de la ley civil para los procesos ordinarios, art. 588 del cgp	art. 58 ley 472 de 1998, proceden las de la ley civil para los procesos ordinarios, art. 588 del cgp
<b>PROCEDIMIENTO</b>	decreto 2591 de 1991	arts. 12 y ss de la ley 393 de 1997	art. 5 ley 472 de 1998	art. 5 ley 472 de 1998
<b>TERMINO PARA FALLAR</b>	10 días	20 días a partir del auto admisorio		
<b>SENTENCIA</b>	<i>Interpartes</i>	<i>Interpartes</i>	<i>erga omnes</i>	<i>erga omnes</i>
<b>CONTENIDO DEL FALLO</b>	identificación de partes, determinación del derecho conculcado, orden precisa y plazo para cumplirla, en caso de norma q vulnere, se ordena su inaplicación	identificación del solicitante, determinación clara de la obligación incumplida, identificación de la entidad que incumple y la orden clara y específica de cumplir con los deberes omitidos	Identificación de partes, puede imponer obligaciones de hacer o de no hacer, pago de perjuicios, realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior. se conforma el comité de verificación del cumplimiento del fallo.	art. 63 y ss orden de pagar una indemnización colectiva y ponderada de indemnizaciones individuales, requisitos que deben cumplir los beneficiados ausentes del proceso, monto de indem. para el fondo de derechos e intereses colectivos, la publicación en un diario de amplia circulación del extracto del fallo, la liquidación de costas a cargo de la parte vencida, liquidación de honorarios del abogado coordinador
<b>EFFECTOS DEL FALLO</b>	la motivación del fallo constituye criterio auxiliar para actividad de los jueces	Cosa juzgada presente otro proceso con el mismo objeto, causa e identidad jurídica de partes.	cosa juzgada respecto de las partes y el público en general	cosa juzgada

Fuente: Elaboración propia con base en la Constitución Política y la Ley

El objeto de estas acciones de rango constitucional, es la de proteger derechos constitucionales objeto de la salvaguardia a cargo del estado social de derecho. Estas se encuentran expresamente consagradas en el ámbito de competencia y aplicación en mayor medida de los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y de los llamados jueces de tutela, que son los jueces de todas las jurisdicciones como es sabido, por su misma naturaleza y protección de lo social, de lo general, de lo inalienable de los individuos que debe siempre definirse a favor de la personas, en aplicación del principio *pro homine*, como núcleo central de toda sociedad, por lo que se hace necesario la intervención de más de un órgano del Estado para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos sociales.

El juez de tutela al ser un juez especializado de cualquier jurisdicción, muy a pesar de que a fin de guardar un orden y equidad para las reglas de reparto de estas acciones, se ha visto en la práctica, en la penosa situación de un peregrinar jurisdiccional innecesario porque a consideración de un determinado funcionario el conocimiento de determinada acción de tutela no es de su competencia, ya sea por el asunto del que se trata, o por el lugar de ocurrencia o por cualquier otro motivo, desconociéndose en esa forma la naturaleza inmediata, urgente y principalísima de la protección invocada, sufriendo el afectado dilataciones ante las cuales no tiene ninguna otra herramienta, volviéndose un calvario su situación al no saber en muchos casos, en qué juzgado finalmente fue acogido el estudio de su solicitud; la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la única regla válida en aplicación de reglas de competencia en acciones de tutela son las contempladas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es enfática cuando afirma:

*“Es por ello que la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para*

*que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem)”*

*6.- Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Corte estableció, en el auto 124 de 2009, las siguientes reglas para la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela, las cuales son, simplemente, consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corporación:*

- (i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible. (ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso. (iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). (iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer*

*lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Corte. (Auto 103/12 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).*

Pero, una cosa decide la jurisdicción constitucional y otra la ordinaria, por cuanto en un asunto de tutela que llegó para resolver una impugnación, la Sala de Casación Civil de la CSJ., mediante auto del 7 de abril de 016 Radicado 11001-22-03-000-2016-00264-01, ATC1920-2016, MP. Ariel Salazar Ramírez, optó por declarar una nulidad por falta de competencia funcional, atendiendo lo previsto en el inciso 1º del artículo 16 del CGP porque la consagra insubsanable, estimando que dicha competencia funcional es improrrogable, y el juez que la advierta debe de oficio declararla en forma inmediata y remitirla a la Oficina de Reparto y la reparta al funcionario competente.

Quiere decir ello que el debate aún no está zanjado, de hecho es más que clara la problemática. En ese sentido, es que se plantea el desarrollo de este trabajo, si en efecto cabría aceptar el estado de cosas tal y como se está naturalizando como inamovibles ciertas competencias, o, pensar por lo menos en teoría, la posibilidad de una redistribución de competencias en cuestiones referidas a la tutela de ciertos derechos sociales, que señalara como competente en ciertos asuntos a los jueces laborales, y su conveniencia de cara a una optimización y racionalización de servicio de justicia en el país.

Nada diferente ocurre respecto de las otras acciones constitucionales que se señalan y se desarrollan en el cuadro que se presentó; ya que, si bien es cierto, cada una se encuentra atribuida por disposición expresa, a una jurisdicción específica, esto es a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en las tres restantes: la de Cumplimiento y ampliando a la ordinaria Civil, en el caso de las Acciones Populares y de Grupo, el punto clave y común respecto de estas es que su origen es aquel tendiente a proteger los fines sociales del Estado Social de Derecho, quiere decir esto que, teniendo en cuenta nuestra acelerada y continua evolución en el marco de un Estado Social, se deben atender estos cambios en pro del beneficio del interés general: en el caso de la acción de cumplimiento es claro, tal y como queda explicado por nuestra Corte Constitucional:

*“En un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la eficacia material de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas. En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente.*

*En el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos.*

*Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. superior, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes*

*consagrados en la Constitución, y asegurar la vigencia de un orden justo. Para ello, agrega este precepto que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

*Los derechos y garantías proclamados en la Constitución tienen la virtualidad de reconocer al individuo y a diferentes grupos sociales el poder efectivo de demandar y obtener del Estado la realización de ciertas prestaciones, las cuales se tornan en deberes sociales de aquel, e incluso configuran verdaderos derechos que tutelan bienes e intereses públicos, y aún subjetivos, como son la exigencia del cumplimiento y ejecución de las leyes y de los actos administrativos.*

*Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos el Constituyente de 1991 consagró diversos mecanismos para su protección; uno de ellos es la Acción de Cumplimiento". (Corte Constitucional, Sentencia C-157/98)*

No obstante haberse declarado exequible en el estudio de constitucionalidad referenciado la competencia atribuida a la Jurisdicción Contenciosa, no es menos cierto que dada la necesidad actual de la racionalización de los servicios de justicia, vale la pena explorar nuevas opciones que previos los estudios adelantados por el Consejo Superior de la Judicatura puedan ayudar con este cometido.

Por otra parte, las acciones populares y de grupo, que por su sola naturaleza y la de los bienes que encarnan, entran en la órbita de más de una jurisdicción atendiendo no sólo a los bienes jurídicos que protege si no a los procedimientos legales, fines indemnizatorios, y personas y entidades a cargo de las vulneraciones ocurrientes.

Lastimosamente el panorama actual es desolador en cuanto al trámite excesivamente tardío ocasionado en gran medida por la congestión judicial existente en el seno de la Rama Judicial del poder público, muy a pesar de la



reciente entrada en vigencia tanto del Código General del Proceso como de la Ley 1437 de 2011, la nueva normatividad que contempla el sistema de oralidad tanto en la Jurisdicción Ordinaria como en la Contencioso Administrativa, viene cargada de mora, ya que nació congestionada, pero esta situación lamentable ya obedece a temas presupuestales y de organización administrativa y funcional que escapan del presente análisis.

No obstante al resultar un hecho notorio la aludida congestión judicial que ha puesto a pensar en soluciones racionales para el acceso a la justicia, para evitar el incumplimiento palmario e irremediable de los términos de dichas acciones cuyo objeto resultarían ser preferentes dada su naturaleza y urgencia, sin mencionar además el injustificado peregrinaje judicial entre los diferentes despachos ante las dudas surgidas respecto de las competencias atribuidas a tal o cual Juez.

### **3.2. Asignación y reasignación de acciones relacionadas con Derechos Sociales**

#### **3.2.1. De ciertas acciones en lo contencioso administrativo**

Las acciones ordinarias y contenciosas, que tienen un tinte laboral y social, incluyen constitucionales, que están asignadas hoy por hoy a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las cuales se traducen en las herramientas jurídicas de protección a los derechos sociales, por ejemplo, la nulidad y el restablecimiento del derecho que busca anular el acto administrativo que declaró la insubsistencia de un empleado público, lo que realmente busca es que el servidor público sea reintegrado a su cargo y al reconocimiento y pago de sus salarios y prestaciones sociales, desde que fue retiró del servicio hasta que efectivamente sea reintegrado, es un caso tipo de relaciones laborales.

La prestación de un servicio personal, fundamentado tanto en una relación legal o reglamentaria, como en un contrato de trabajo, siempre será de stirpe laboral, con connotaciones salariales, prestacionales e indemnizatorias, que tendría en el juez laboral y de la seguridad social una solución específica, imbuida de un tinte garantista mediada por su especialidad.

Lo ideal sería, que todo aquello relacionado con la fuerza de trabajo del hombre, se adjudicara a la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y de la seguridad social, independientemente de la calidad de servidor público o trabajador oficial, evitándose así el peregrinaje de jurisdicciones y afianzándose más la seguridad jurídica. De allí que valdría el nombre de la jurisdicción social y los jueces sociales o en lo social.

### **3.2.2. De las acciones constitucional**

Como ya se ha venido decantando a lo largo de este trabajo de profundización, desde la constitución de 1991 todos los jueces de la República de Colombia tienen competencia para conocer las acciones de tutela y las otras acciones constitucionales, la jurisdicción contenciosa administrativa y en los eventos anotados en precedencia, la jurisdicción ordinaria civil. Situación ésta que ha venido causando conflictos de competencia y por ende, el peregrinaje jurisdiccional.

De allí que no sea descabellado la adjudicación de tales acciones constitucionales, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y seguridad social. No se trata ni se entienda que la idea es reducir asuntos de la jurisdicción contenciosa administrativa y acrecentar la jurisdicción laboral, por cuanto de ser así, estaríamos solo trasladando el problema de la congestión a ésta última jurisdicción. Por supuesto que la propuesta no tendría margen de sentido

alguno. De lo que se trata es precisamente de evitar el peregrinaje jurisdiccional que cada día aumenta la inseguridad jurídica en un estado social de derecho como el nuestro. Estamos seguros que de poderse asignar estos asuntos a la especialidad laboral, la que hoy por hoy ha venido disminuyéndose el conflicto del trabajo por la globalización y tercerización<sup>48</sup> que opera en el medio, al punto de atrevernos a decir, que está en riesgo la existencia y celebración del contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades.

A no dudarlo, nuestro legislador mantiene una constante tarea de hacer grandes transformaciones institucionales, que deben conllevar al final del túnel, a una relativa seguridad jurídica, cuyo objetivo estatal es una vida digna. Solo que la transición legislativa en materia de jurisdicción y competencia trae aparejada el denominado *peregrinaje jurisdiccional* y la Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) no podía ser la excepción. En efecto, el ilustre maestro y jurista Gerardo Arenas Monsalve, en su documento *“La delimitación de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos de la seguridad social”*<sup>49</sup>, se ocupa de la evolución que ha sufrido el tema de la seguridad social desde la expedición de la Ley 362 de 1997 hasta el CPACA.

Destacamos del referido documento, la precisión que se hace sobre los alcances de la competencia en seguridad social y la necesidad de armonizar el CPTSS y el CPACA para extraer como interpretación que cuando interviene una entidad pública, pero el afiliado, beneficiario o usuario es un trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, sea particular u oficial, o un trabajador independiente,

---

<sup>48</sup> Desde la expedición de la Ley 50 de 1990, empezó la intermediación laboral, a través de las empresas de servicios temporales, luego las cooperativas de trabajo asociados y la figura del outsourcing, con una tendencia a desaparecer el contrato de trabajo en sí mismo. Situación que ha sido zanjada, tanto por la jurisdicción ordinaria laboral como por la contenciosa administrativa, mediante la figura de la primacía del contrato realidad vertido en el artículo 53 superior.

<sup>49</sup> Contenido en el libro, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado-Banco de la República.

la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral. Sigue diciendo el maestro Arenas Monsalve...que si es a la inversa: si se trata de un servidor público, pero el conflicto de seguridad social se plantea ante una entidad de seguridad social de naturaleza privada, el conflicto igualmente debe tramitarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, a juicio del jurista.

Vale destacar también la novedad señalada por el tratadista en el referido artículo, del CGP en su artículo 622 que a modo de ver del ilustre jurista, dicha norma no tuvo la intención de alterar las reglas establecidas en la Ley 712 de 2001, sino dejar por fuera lo que llamó *Controversias relativas a la responsabilidad médica y relacionados con contratos*, por lo que la jurisprudencia en su momento señaló que le corresponde a la jurisdicción civil.

### **3.3. Jueces laborales y protección de los derechos sociales.**

La existencia de Jueces laborales y de la seguridad social en Colombia viene asociada a los cambios que ha experimentado la sociedad, para tales efectos se hace necesario analizar dos elementos, el primero de ellos es tocar brevemente los antecedentes de la jurisdicción ordinaria laboral y sus normativas, y el segundo, la idea de cambio en la justicia que se surte a través de las reformas que paulatinamente deben ir respondiendo a las necesidades de una sociedad.

En el Documento Plan Sectorial de la administración de Justicia (2014), se encuentran bien definidos los tópicos que conoce esta rama:

La Especialidad Laboral es la encargada de conocer controversias y litigios en materias laborales y de seguridad social, de tal forma que tiene bajo su conocimiento: Los conflictos jurídicos originados directa o indirectamente en el contrato de trabajo; las acciones sobre fuero sindical; la suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical; las controversias referentes al sistema de

seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras; la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad; los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado; la ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices; el recurso de anulación de laudos arbitrales y el recurso de revisión. (Plan sectorial de la Administración de Justicia, 2014).

Aspecto que son diferentes a la concepción original en Colombia de los derechos laborales, hoy con un matiz más social.

Por ello es necesario retomar los antecedentes históricos. Podemos citar por ejemplo, el Decreto Ley 2350 de 1944, la cual regula la jurisdicción especial del trabajo, posteriormente se aprobó por parte del legislativo la Ley 6 de 1945 que aprobó con carácter permanente el decreto 2663 del 5 de agosto de 1950 mediante el cual se aprobó el Código Sustantivo del Trabajo, norma posterior al Decreto 2158 de 1948 (Código procesal laboral). Vemos que en principio no existían normas sustantivas ni procesales que regularan la materia, teniendo en cuenta que la relación laboral era considerada de naturaleza civil, en ese sentido la legislación actual encuentra antecedentes tanto en normas sustantivas como procedimentales.

Así las cosas, las normas no son estáticas por ello no se pueden catalogar como inamovibles, las mismas van experimentando cambios, como el acaecido en virtud de la Ley 712 de 2001, que adicionó la norma procesal como “**Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social**”, quiere decir ello, y aquí planteamos el segundo elemento que tiene que ver con el cambio de normativas, de tal suerte que se ajusten a las necesidades sociales.

En ese orden de ideas, con el propósito de tomar en consideración la idea de cambios y el criterio de racionalidad en la Administración de los Servicios de la Justicia, es pertinente retomar las palabras de Arrubla Paucar: (2013)

*“La historia reciente de nuestro país señala claramente la gran cantidad de deficiencias que arroja nuestro sistema democrático. Con el menor ánimo de volver a activar choques añejos entre poderes públicos, sí es necesario realizar un examen detenido de lo sucedido y sus consecuencias institucionales, a fin de que la experiencia nos indique el camino que debe trasegarse para futuras enmiendas en nuestro sistema que aseguren no volver a repetir tales perturbaciones”* (p. 153).

Si existe un cambio revolucionario en Colombia, es el advenimiento de la Constitución de 1991, de hecho:

*[N]o se ponen en duda las grandes bondades de la acción de tutela como instrumento de amparo de los derechos fundamentales ni la gran revolución que ha motivado para acercar la justicia al ciudadano [...] existe la necesidad que el juez penetre más en la interpretación constitucional y que el proceso se vuelva permeable a la garantía del derecho fundamental* (Arrubla, 2013, p. 167).

En ese sentido se deben tener presente conforme al actual funcionamiento de la jurisdicción ordinaria los cambios que deben marcar una mejoría en la atención al ciudadano de cara al acceso a la justicia, por ello este trabajo plantea unos temas inspirado en tópicos que son desarrollados exhaustivamente en otras latitudes, como por ejemplo la “jurisdicción social”. Si bien, un planteamiento de esta índole desbordaría el propósito de este trabajo, no lo es, tomarlo como referente que posibilite abrir caminos que abonen una reconfiguración o ampliación de competencias de los jueces laborales, en el entendido que el juez laboral es un “juez social”. Este aspecto fue definido en la Ley 712 de 2001, cuando se denominó el código, agregando al nombre original la caracterización de “seguridad social”.

Para ampliar el referente internacional que sirve de fundamento a la ampliación de competencias para los jueces laborales en Colombia, en asuntos que tengan que ver con la justiciabilidad de los derechos sociales a tono con la capacidad de configuración normativa del legislador, tomemos el caso de España, relacionado con la “Ley de la Jurisdicción Social aprobada en el año 2011 y con la que se ha pretendido concentrar en el orden social, dada su mayor especialización, el conocimiento de todas aquellas materias que de forma directa o por conexión puedan calificarse como sociales” (<http://www.administracióndeJusticia.gob.es>)

Así las cosas, Folguera, Salinas y Segoviano (2012) plantean que el artículo 9.5 LOPJ establece que los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de seguridad social o contra el Estado, cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (p. 38).

Quiere decir ello que se encuentra decantado en España la discusión de la jurisdicción social, aspecto que aporta elementos para considerar la ampliación, y por qué no en un futuro, la creación de la jurisdicción social en Colombia. Por ahora solo plantear, con criterios de prudencia, a partir del actual estado de cosas, una modificación en pro del ciudadano, que pueda ser resuelta por el legislador ordinario en sus facultades de configuración normativa, de los asuntos sociales puedan ser conocidos por vía de tutela por el juez laboral, quien es un juez social.

## **CAPITULO IV**

### **AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS A LOS JUECES LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

En el marco de los procesos de racionalización de la justicia, cabe plantear propuestas novedosas que ayuden a repensar la oferta de servicios de justicia, por ello para esta parte del trabajo son considerados dos documentos que hoy permiten visionar una manera diferente de pensar la Administración de Justicia en Colombia: El Plan Sectorial de desarrollo de la Rama Judicial 2015-2018 y el Plan Nacional de Racionalización de la Oferta de la Justicia” (2014).

La idea rectora del primer documento como su nombre lo indica es de planeación de la actividad de la Rama, la cual se enmarca en la estrategia transversal “Seguridad, Justicia y democracia para la construcción de paz” del Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018, dentro de su objetivo desarrollado para “promover la prestación, administración y acceso a los servicios de justicia con un enfoque sistémico y territorial”. Este cuenta con un marco axiológico bien fundamentado, en el que destacan principios decantados como por ejemplo el acceso a la justicia, defensa, celeridad y oralidad, autonomía, gratuidad, eficiencia mecanismos alternativos y respetos por los derechos, y unos valores definidos a los cuales deben tributar todas las actuaciones de funcionarios de la rama Judicial, entre los que se pueden mencionar: compromiso, respeto a la ciudadanía, cultura de servicio, coordinación interinstitucional, profesionalismo de los servidores judiciales, honestidad y creatividad.

En el mismo se efectúa un análisis global de la situación actual de la Administración de Justicia, a partir de la gestión desplegada, la cual se puede apreciar en términos porcentuales como sigue:



Con el propósito de ilustrar la gestión de los despachos a nivel nacional, se analizan las variables de ingresos efectivos que representan la demanda de justicia y los egresos efectivos que hacen referencia a la terminación de los procesos, es decir, los ingresos se calculan sin considerar los reingresos ni los ingresos de descongestión, mientras que los egresos se estiman sin los procesos remitidos a otros despachos, inadmisiones, desistimientos, rechazados o retirados.

Adicionalmente, se detallan los inventarios finales como una medición de la congestión en todos los niveles de competencia y especialidad, al igual que el porcentaje de evacuación parcial -%IEP, que hace referencia a una relación porcentual entre el volumen de egresos efectivos y el volumen de ingresos efectivos. En razón a las variables en mención, la Jurisdicción Ordinaria posee la mayor participación de los ingresos efectivos de los últimos cuatro años, con un 88.46%, seguido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo 9.98%, la Jurisdicción Disciplinaria 1.54% y la Jurisdicción Constitucional 0.03%. Durante el período 2010-2013, tanto para la Jurisdicción Ordinaria como para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ilustra un comportamiento oscilante, con crecimientos para el primero en 2011 del 9.87%, 2012 del 3.72% y en 2013 del -4.33%; y variaciones en el segundo del 9.23%, 9.82%, 11.21% y 9.53% respectivamente (p. 104).

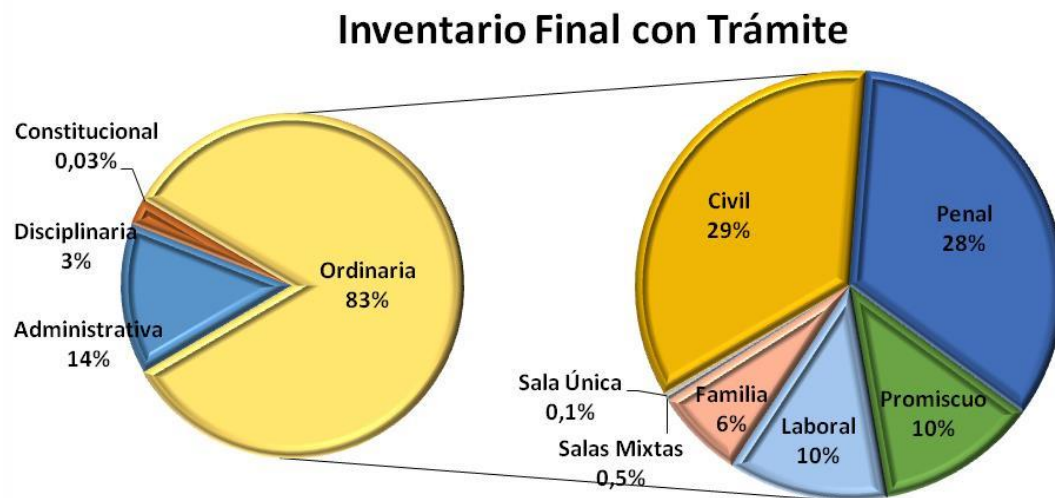
Por otra parte, aun cuando se han establecido mecanismos de descongestión, los datos son dicentes en cuanto a que la mayor parte de ingresos y egresos en los procesos se concentran en la jurisdicción ordinaria. El plan de racionalización contempla la estrategia de necesidad de nuevos funcionarios de carácter permanente y de descongestión, los cuales se hayan distribuidos como se puede observar en la tabla que sigue, notándose como aún con la propuesta, son altos los números de cargos propuestos y mucho más el respectivo presupuesto. Así las cosas, se necesitarían 861 y 2259 cargos de descongestión y permanentes respectivamente en jurisdicción ordinaria, por una parte, y por la otra, 359 y 1141 descongestión y permanente en la jurisdicción contenciosa administrativa:

### Necesidades cargos permanente y descongestión

DESPACHO	DESCONGESTIÓN					PERMANENTES				
	MAGISTRADO	JUEZ	EMPLEADOS	CANTIDAD DE CARGOS	VALOR DE ENERO A DICIEMBRE	MAGISTRADO	JUEZ	EMPLEADOS	CANTIDAD DE CARGOS	VALOR DE ABRIL A DICIEMBRE
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	-	-	11	11	956.645.095	-	-	61	61	5.330.426.615
JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA	3	-	69	72	6.017.151.151	-	-	55	55	4.787.338.302
JURISDICCION ORDINARIA	-	113	748	861	41.122.921.529	11	298	1.950	2.259	118.639.235.906
Civil	-	33	139	172	8.320.151.051	-	97	637	734	37.391.353.573
Familia	-	6	32	38	1.940.792.791	-	15	165	180	7.924.927.076
Laboral	-	26	185	211	10.503.914.765	1	37	270	308	16.904.960.934
Penal	-	36	325	361	16.625.681.976	2	94	428	524	33.695.304.119
Promiscuo - Mixtas	-	12	67	79	3.732.380.947	8	10	315	333	16.452.676.447
Pequeñas Causas y Competencia Múltiple	-	-	-	-	-	-	45	135	180	6.270.013.757
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	42	37	280	359	28.439.204.782	8	53	1.080	1.141	74.903.123.199
ÁREA ADMINISTRATIVA								303	303	16.309.535.044
<b>TOTAL</b>	<b>45</b>	<b>150</b>	<b>1.108</b>	<b>1.303</b>	<b>76.535.922.557</b>	<b>19</b>	<b>351</b>	<b>3.449</b>	<b>3.819</b>	<b>219.969.659.065</b>

**Fuente: Documento ejecutivo racionalización Oferta de la Justicia. Consejo Superior de la Judicatura (2014)**

La propuesta contenida en el plan contrasta con los inventarios finales por jurisdicción, la cual podemos apreciar en el gráfico que sigue, en la cual aparece como la más congestionada la jurisdicción ordinaria (83%), pero cuando en términos porcentuales se desglosa por especialidad, vemos como la laboral tiene un 10% que es significativamente inferior a la civil, y la penal con 29 y 28 % respectivamente, significando que bien podría ampliarse el margen de competencia de los jueces laborales en el marco de la capacidad de configuración del legislador, en aras de una mejor gestión de la jurisdicción ordinaria y la atención a la ciudadanía.



**Fuente:** Sistema de Información Estadístico de la Rama Judicial - Corte Enero 26 de 2015.

Del 83% de procesos registrados en el inventario final con trámite de la Jurisdicción Ordinaria, la mayor participación se presentó en la especialidad civil con el 29%, donde se registró un inventario de 444.857 procesos, seguido de la especialidad penal con una participación de 28% (434.101), la especialidad promiscuo se ubica en el tercer lugar con un inventario de 156.273 procesos, lo que equivale al 10% del inventario de esta jurisdicción; seguido de estas se encuentran las especialidades laboral, familia, salas mixtas y salas únicas, las cuales presentaron inventarios de 154.689, 86.463, 6.792 y 1.280 respectivamente.(p. 18)

Vemos en términos numéricos que la mayor congestión se presenta en la jurisdicción ordinaria, seguida por la contenciosa administrativo, por ello es necesario retomar los criterios orientadores del mencionado Plan:

- a. Eliminar la congestión judicial en todas las jurisdicciones y especialidades.
- b. Necesidad de ajustar los procesos y procedimientos a los cambios normativos y a la implementación de la oralidad.
- c. Adecuar el accionar de la Rama Judicial a las necesidades cambiantes de las demandas de justicia por parte de la ciudadanía. (...)

d.. Brindar servicios de justicia con oportunidad y eficacia a los usuarios del sistema (p.7) (subrayas fuera de texto).

**Así las cosas, partiendo de un escenario real de necesidades tal y como lo marcan las subrayas señaladas, no es descabellado como solución que se considere la ampliación de competencias de los jueces laborales en el sentido propuesto, que se ajustaría a los postulados planteados de “oportunidad y eficacia” y “demandas de justicia “, por parte de la ciudadanía, requerimientos de acceso a la justicia que se orientan a la satisfacción de derechos sociales.**

Por otra parte el documento de Racionalización de la Justicia (2014), plantea como misión,

“Dar cumplimiento al mandato constitucional y legal de administrar justicia en forma independiente, desconcentrada y en igualdad de condiciones a todas las personas naturales y jurídicas en el territorio colombiano, a través de modelos de gestión integrales que respondan adecuada y oportunamente a la demanda de justicia en cada una de las jurisdicciones”.

Este plan se encuentra enmarcado dentro de criterios orientados a la optimización de la oferta de los servicios de la justicia en consonancia con la demanda de los usuarios-ciudadanos. Pensar en optimizar los servicios de racionalización de la justicia va de la mano con el hecho de que el estado de cosas en lo que a la rama judicial se refiere no debe ser anquilosado, todo lo contrario, debe plantearse un modelo dinámico, que permita ser flexible para expresar ajustes, precisamente en pos de la efectividad en la satisfacción del servicio de justicia.

En ese sentido repensar los servicios de justicia implican la toma de decisiones públicas, por ello el diseño de planes y su posterior evaluación que permitan en términos cualitativos y cuantitativos mirar si se avanza o no. Es así como el referido documento plantea: [O]btener resultados favorables en términos de reducción de tiempos procesales, con un incremento en la tasa de producción promedio por despacho y la reducción de inventarios; mayor visibilidad de las actuaciones procesales al interior de los despachos judiciales y modernización de la justicia en términos de infraestructura, tecnología, modelos de gestión; entre otros (p. 17).

En consideración a los futuros cambios hay dos aspectos que merecen ser tenidos en cuenta los “criterios razonables de trabajo” y los modelos de desconcentración. Respecto a estos últimos se incluyeron tres programas:

- a) Evaluar, rediseñar y presentar propuesta de aplicación de los modelos de gestión desconcentrados en municipios de más de 200.000 habitantes para las Especialidades Penal, Civil, Laboral y de Familia, a partir de estudios de demanda y esquemas de coordinación intersectorial.
- b) Evaluación de pertinencia en municipios de más de 200.000 habitantes, de las figuras de Jueces Itinerantes, Jueces de Competencia Múltiple, Jueces de Pequeñas Causas y Funcionarios Judiciales para prácticas probatorias, en general para la atención de todo tipo de conflictos.
- c) Diseño y Propuesta de aplicación de centros de servicios comunes para servicios desconcentrados en municipios con más de 200.000 habitantes. (p. 65)

De la misma manera la propuesta abarca la necesidad de brindar los servicios de justicia a grupos “excluidos”, con lo cual expresa una preocupación por el tema social que va de la mano con el hecho de que no se puede alcanzar si la justicia es clasista o de élite:

Esta política se desarrolla a través del Proyecto de *“Estudios de Evaluación y Diseño para acercar la Justicia a Grupos Excluidos”*, estableciendo modelos de gestión del servicio de justicia formal adecuado a los titulares de derechos a la propiedad y trabajadores, como a participantes en el mercado laboral.

El Consejo Superior de la Judicatura, durante los años 2011, 2012 y 2013, con el propósito de ofrecer mejores y más oportunos servicios de justicia a los sectores vulnerables de la población y con ello contribuir a reducir la exclusión, como ya se detalló en la sección anterior, amplió la oferta de despachos judiciales a todos los Municipios del País que no contaban con este servicio, pero por otra parte aumentó de manera focalizada el número donde ya existían, pretendiendo que se cuente en todo el territorio nacional con Jueces de la República, a quienes puedan los conciudadanos solicitar la protección de sus derechos fundamentales, de propiedad y laborales, así como los comerciales. Esto, además de la ampliación de la oferta judicial a través de la creación transitoria de despachos judiciales. (p.66).

Teniendo en cuenta los documentos relacionados que buscan una mejor gestión de la Administración de Justicia, a través de la racionalización de la misma, y tomando en consideración la cuestión social, encuentra fundamentación el planteamiento contenido en este trabajo en torno a que se genere un ejercicio que permita pensar las competencias judiciales, y por qué no, las jurisdicciones desde el ciudadano y sus intereses.

Por ello este trabajo busca-como se planteó en un principio- fundamentar razones que permitirían analizar la propuesta de ampliación de competencias de los jueces laborales y de la seguridad social como un tema que replantearía decisiones, relativas a las competencias que brinden cobertura a los temas sociales, o que están o han estado ocasionando conflictos de competencia.

Para mayor claridad, a continuación se examinan los conceptos de jurisdicción y competencia, las clases de competencias y las razones que justifican la ampliación

de competencias de los jueces laborales, que en última instancia es el ejercicio que propone este trabajo dando las razones sociales, políticas y jurídicas de contexto.

#### **4.1. Concepto de jurisdicción y competencia**

La Constitución Política de Colombia, crea varias jurisdicciones como la Jurisdicción Ordinaria, consagrada en el artículo 234, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prevista en el artículo 236, la Jurisdicción Constitucional, consagrada en el artículo 239 y finalmente las jurisdicciones especiales en el artículo 246. En ese sentido plantea la Corte Constitucional.

*“Precisamente la Constitución Política ha establecido la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas. (Título VIII). Ahora bien, dentro de la jurisdicción ordinaria se encuentran las que se refieren a ramas o áreas del derecho como son la civil, de familia, agraria, laboral, etc., las cuales constituyen especialidades de esa determinada jurisdicción y no jurisdicciones independientes.*

*Cabe preguntarse ¿Cuál es el sentido y el fin del establecimiento de las jurisdicciones y de las especialidades dentro de una jurisdicción? Se trata de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, además las autoridades tienen el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, así lo establece la propia Constitución. Por tanto, el fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos de las personas a través de los procedimientos. Este argumento ha sido reiterado entre otras en la Sentencia C-1149/2000. Las disposiciones que regulan procedimientos como el establecimiento de una determinada competencia protegen la seguridad*

*jurídica al imponer que determinados jueces de una determinada especialidad conozcan de los asuntos justamente para los cuales fueron institucionalizados” (Corte Constitucional, Sentencia C-985de 26, Septiembre de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra) ((subrayas fuera del texto)*

De manera que desde sus inicios, la Corte Constitucional, ha venido decantando la importancia de la jurisdicción y de manera especial de las especialidades del derecho, como el camino más expedito para concretar finalmente los fines del Estado.

Recientemente, el texto de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, tiene por objeto, regular la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente por otras leyes. Para lo que interesa al presente trabajo, debemos destacar que dicho Código, consagró la prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia, dependiendo de los factores subjetivo y funcional, en el sentido que cuando sean estos los que se desconocen, la jurisdicción y competencia se torna improrrogable, pero cuando se trata de los otros factores entonces, lo actuado conserva validez, salvo la sentencia que se haya dictado, mientras que en la prorrogabilidad el juez continua con la competencia por no alegarse la nulidad oportunamente y todo lo actuado conserva su validez. Modificación importante, toda vez que antes, en la improrrogabilidad se anulaba toda la actuación viciada de nulidad, retrotrayendo la actuación procesal causando un perjuicio en tiempo y en los costos del proceso.



En ese orden de ideas, podemos afirmar que son la doctrina y la jurisprudencia, las encargadas de conceptualizar sobre los institutos procesales de la jurisdicción y de la competencia.

Según el profesor Devis Echandía, la jurisdicción corresponde a:

*“la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias”.*

Por su parte el Consejo de Estado sobre la competencia expresó:

*“El legislador por razones metodológicas y de especialidad jurídica asigna la función de administración de justicia en diferentes jurisdicciones, correspondiendo esta repartición, técnicamente, a una distribución de competencias entre los diversos campos del conocimiento jurídico. Como se aprecia, el fraccionamiento que hace el ordenamiento jurídico en materia de jurisdicción y de competencia, tiene fundamento en los principios de pragmatismo y de especialidad, por cuanto permite facilitar el acceso de las personas a jueces especializados en las diferentes materias del derecho, circunstancia que contribuye a solucionar, de manera más eficiente y expedita, las controversias sometidas a consideración de la administración de justicia. En ese orden, el legislador, en principio, a través de los códigos o estatutos sustantivos y procesales distribuye propiamente la competencia entre las Cortes, Tribunales y jueces que integran la Rama Judicial del Poder Público; es en virtud de dicha distribución que se radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa una serie de materias y asuntos propios de su conocimiento. Con ocasión del anterior procedimiento surge jurídicamente el fenómeno procesal de la*

*competencia, es decir, la determinación en sentido estricto del juez que debe conocer, específicamente un determinado litigio o controversia sometida a decisión judicial.* (Consejo de Estado. Sentencia de 3 de agosto de 2006, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez).

La doctrina también nos enseña:

*“la práctica ha generalizado el empleo del vocablo jurisdicción para referirse a las más importantes ramas del ordenamiento jurídico, a través de las que realiza el Estado la actividad jurisdiccional, y es así como se habla de jurisdicción civil, jurisdicción penal, laboral, contencioso-administrativa, de familia, agraria, constitucional, indígena, de paz, etc., terminología en la que el vocablo jurisdicción se emplea como sinónimo de competencia por ramas; lo técnico es decir competencia penal, civil, laboral, etc., ya que jurisdicción no hay sino una”.*( López Blanco, 2003, p. 130)

Se quiere entonces fijar la atención en el tema social, en la medida que su incumplimiento socava la vida digna social, dentro de un Estado que se abroga el calificativo de social de derecho. No basta en tener todo un cúmulo de doctrinas relacionadas en lo fundamental del derecho social, lo que por supuesto no le restamos importancia, sino que a ella debe ir aparejada a los mecanismos jurídicos para su eficacia inmediata, ya que por su contenido social su reconocimiento en los estrados judiciales debe ser expedito.

Actualmente, vemos una distribución de tales asuntos en forma dispersa en las diferentes jurisdicciones, tales como la contenciosa administrativa, como por ejemplo, las acciones constitucionales, la potestad de decretar el juez administrativo medidas cautelares con regulación independiente a las que puedan adoptarse en el proceso civil. A diferencia del procedimiento civil, las medidas cautelares buscan la protección de la comunidad y no del patrimonio individual (PALACIO, 2013, p. 198); la jurisdicción ordinaria y dentro de ella, en las especialidades en lo civil, como los

asuntos de tierra, laboral como las controversias relacionadas con la salud, que por estar estas jurisdicciones y especialidades, atiborradas de sus propios asuntos naturales, incurren en una mora en la solución expedita que requieren los derechos sociales en lo fundamental.

Otro ejemplo de la competencia dispersa en el tema del trabajo y seguridad social, jurisprudencialmente lo encontramos cuando el Consejo de Estado, señaló:

*“Reiteradamente esta Corporación ha precisado que la justicia contencioso administrativa no es competente para conocer las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuando provengan de un contrato de trabajo, porque lo que determina la jurisdicción a la cual corresponde un asunto laboral, no es la naturaleza del acto en que se consagra el derecho reclamado sino la relación de trabajo dependiente”. (Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXXVII, primera parte. p. 775.)*

La jurisprudencia que antecede trajo la inspiración del legislador, como una excepción para el juez administrativo, prevista en el numeral 4º del artículo 105 del CPACA que dice: “los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”. De allí que el ex Consejero de Estado, Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, precisó que: “lo anterior significa que, desde el punto de vista procesal, es indiferente que se trate de un funcionario vinculado al Estado por contrato de trabajo o por relación reglamentaria, basta que se trate de un conflicto por el reconocimiento de los derechos de un beneficiario, en los términos de la Ley 100 de 1993, del Régimen de Seguridad Social Integral prestada por una entidad vinculada al mismo, para que la competencia se radique en los jueces laborales”. Es por ello, que no es descabellado, atribuir todo lo relacionado con el derecho laboral administrativo, a la jurisdicción social, que como lo dijo el propio Consejo de Estado, no interesa la naturaleza del acto, sino la relación de trabajo

dependiente. Acaso la relación de trabajo soportada en una relación legal o reglamentaria deja de ser una relación de trabajo dependiente? La respuesta surge de inmediato, no. Tanto el Estado como el particular son empleadores de la persona que presta el servicio.

Son las anteriores disquisiciones jurídicas para no estar de acuerdo con el numeral 4º del artículo 104 del CPACA que establece la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetas al derecho administrativo cuando estén involucradas entidades públicas, o particulares ejerciendo funciones administrativas, y además: “4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”. Si no interesa la relación legal o reglamentaria del empleado público, que motivó al legislador del CPACA, abrogarse dicha competencia, utilizando el criterio orgánico para tales efectos.

De manera que la cuestión social, entendida como precondition para la paz, debe venir conectada a nuestro modelo de Estado Social de Derecho como una herramienta procedimental en aras de buscar la efectividad pronta de los denominados derechos sociales y lograr las finalidades esenciales y primordiales del Estado Social de Derecho, lográndose así no solo recuperar el espacio perdido, sino también su vigencia.

Por ello se plantea como propuesta teórica la ampliación de las competencias de los jueces laborales que como decisión pública debe ser jalonada por la Administración de Justicia hacia el seno del legislativo, que permita obtener en forma pronta y cumplida:

“La radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial, no configura una decisión de índole, exclusivamente, constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado.(...) El legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas y en armonía con los artículos 150-23 y 228 superiores tiene un amplio margen de decisión para distribuir una competencia judicial dentro de las distintas jurisdicciones estatales, a fin de que una precisa autoridad judicial ejerza la jurisdicción del Estado en un asunto previamente señalado, bajo estrictos contornos de protección de la vigencia y primacía del debido proceso...el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior que señala que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".(Subraya la Sala).Para una mayor comprensión del tema, debe señalarse que la competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como “la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)<sup>50</sup>”. Los factores y las condiciones especiales que debe reunir la asignación de una competencia en particular, según lo anotado en la sentencia C-655 de 1997, presentan las siguientes características: “La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad. La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable

---

por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general”. (Corte Constitucional, Sentencia C-111, de 9 de febrero de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis).

#### **4.2. Competencias: Factor objetivo**

Ha dicho la Corte y lo reitera, que el legislador está autorizado por la Carta Política para señalar las competencias, delimitando el campo de acción de los jueces con base en factores como los relativos al territorio, la materia, la naturaleza del asunto y la cuantía de la controversia, entre otros.

El factor objetivo de competencia se establece generalmente en razón a la calidad del demandado, de la materia o de la cuantía. En efecto, el factor objetivo, versa con la condición o naturaleza de la parte demandada, es decir, del legitimado por pasiva por tratarse de un sujeto calificado o también por la transcendencia de la materia de que se trata. Las normas que regulan la competencia objetiva no pueden ser prorrogables por las partes por tratarse de normas del *ius cogens* o derecho público. Las disposiciones que regulan el factor objetivo de competencia son normas inderogables y absolutas. De allí que su desconocimiento genera nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier estado del proceso.

Básicamente es la naturaleza o materia determinada, la que utiliza el legislador para señalar algunos asuntos para el conocimiento de un determinado juez, como así lo explica la doctrina nacional en lo puntual: “En virtud del mismo, el conocimiento de un determinado asunto se radica en cabeza de un juez

atendiendo la naturaleza o materia, y en algunos casos adicionales la cuantía” (Lopez, 2005, p.191). Luego, este factor es de vital importancia, para lograr determinar aquellos asuntos que por su contenido social, es decir, por la materia, deben ser seleccionados y ser subrogados a la jurisdicción social.

#### **4.3. Competencias: Factor subjetivo**

Ha sido de gran importancia para el uso del legislador este factor de competencia, el artículo 13 Superior, toda vez que el derecho a la igualdad, aleja la desigualdad entre las personas y solo por motivos muy especiales, se le asigna a determinado juez el conocimiento de alguna persona con características diferentes o por el cargo especial que lo diferencian del ciudadano común, cuyos problemas son resueltos por otro juez, generalmente de jerarquía menor. La doctrina local sobre el factor subjetivo ha expresado:

“En virtud del factor subjetivo, la competencia se radica en determinados funcionarios judiciales en consideración a la calidad del sujeto que debe intervenir en la relación procesal. En otras palabras, para efectos de radicar la competencia se toma sujeto de derecho. (López, 2005)

Luego, podemos concluir, que en el factor subjetivo, lo que predomina es la calidad o condición especial de la persona sobre la cual recae el asunto a resolver. En ese sentido, el titular de los derechos sociales es el individuo dentro de la sociedad y no alguien que tenga características especiales o sui generis. Recordemos que el derecho social le apunta a lograr una vida digna,

#### **4.4. Competencia: Factor funcional**

Este factor tiene que ver con la forma como está estructurada la Rama Judicial, como también con el principio de la doble instancia. Sucede que hay

materias o asuntos que por su importancia, se le asigna a determinado juez, sin que por ningún motivo pueda ser prorrogada en otro. La materia o la persona, es de capital importancia que solo la competencia es exclusiva de esa autoridad o dispensador judicial, pues de conocer otro, acarrea una nulidad insaneable. Igual remedio jurídico se toma en tratándose de la doble instancia, cuando esta se desconoce totalmente, tal como así lo sentó la jurisprudencia de la Corte:

*“En segundo lugar, cabe recordar que el proceso judicial colombiano está gobernado, además, salvo las excepciones establecidas taxativamente en la ley, por la garantía constitucional de la doble instancia (artículo 31 de la C.P.), que exige como presupuesto ineludible la interposición del recurso de apelación o el grado jurisdiccional de consulta, cuando la ley en este último caso así lo prevé. Razón por la cual alguna parte de la doctrina ha considerado que la sentencia de primera instancia cuando es apelada o se remite en consulta no es una verdadera sentencia, o queda sometida a condición resolutoria, o a condición suspensiva, o simplemente tiene efectos limitados o parciales, pero, en todo caso, no es susceptible de ser ejecutada y de hacerse efectiva, dado que, no se encuentra en firme o, para decirlo en términos de la ley --artículo 331 Código de Procedimiento Civil--, no está ejecutoriada.*

*De tal forma que, de haberse interpuesto la apelación contra la sentencia de primer grado por una de las partes, no es posible al Tribunal pronunciarse sobre la que la otra o las otras partes también plantearon contra el mismo fallo si aquella no ha sido concedida o negada por quien tiene competencia para ello, esto es, el juez de primer grado y si, adicionalmente, no ha sido sometida al juicio de admisibilidad por el juzgador de segundo grado. Un pronunciamiento en tal sentido resulta en un todo anticipado y apresurado, por ende, desconocedor del debido proceso. Siendo ello así, y no teniéndose por agotada la segunda instancia*



*por estar pendiente la resolución de la apelación propuesta por una de las partes, de igual manera aparece como prematuro el recurso de queja que se impetra contra el fallo que resuelve la apelación que tempranamente fue abordada por el Tribunal, por no admitir tampoco discusión alguna que dicho recurso procede contra el auto que niega la casación interpuesta contra la sentencia que dirime la segunda instancia y, en casos como el observado, esta no definió el segundo grado que a instancia de una de las partes se provocó". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Auto del 1º de febrero de 2011. Radicado 40201. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.).*

De manera que cuando las normas procesales indican que a determinado asunto o materia le corresponde su competencia a determinado juez, lo hace el legislador basado en el factor funcional, como cuando indica la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, en sus diferentes salas de decisión, a un juez del circuito laboral, o a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia.

En efecto, este factor lo veríamos reflejado básicamente en los cambios o denominación que adquiere la nueva jurisdicción social, que comienza en primera instancia por la competencia asignada al juez en lo social, a la Sala Social del Tribunal Superior, en segunda y por último a la Sala de Casación Social de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre para unificar toda jurisprudencia sobre el derecho social en Colombia.

#### **4.5. Ampliación de competencias a los jueces laborales y de la seguridad social. Razones sociales, políticas y jurídicas.**

Analizados los tópicos relacionados con la jurisdicción y la competencia, procederemos en este aparte del trabajo a analizar las razones de conveniencia para la ampliación de la competencia de los jueces laborales y de la seguridad social en torno de los temas que se encuadran en la cuestión social. No se trataría de la creación de una jurisdicción social como se plantea en España, sino como temas de esta naturaleza reglamentados en otras latitudes, pueden inspirar modificaciones normativas que favorezcan una pronta y cumplida justicia para el ciudadano, teniendo en cuenta que el camino para una reforma legislativa es un camino más expedito.

En las últimas décadas la administración de justicia en Colombia, ha presentado puntos críticos los cuales ponen en riesgo el acceso a la justicia de los ciudadanos, generándose mayor exclusión social.

*Se destaca que el tema de la Administración de justicia ha sido el de mayor trabajo y trayectoria, en este se involucran las diversas problemáticas que vive hoy nuestra sociedad. Se resalta el interés estatal por mejorarla y tecnificarla, y el interés académico por comprenderla. Los análisis sobre la guerra y la paz, la justicia pública y privada en el país, son desarrollados principalmente por ONG's y universidades, análisis que surgen por coyunturas históricas, políticas y sociales determinadas" (González, Montoya y Vásquez, 2007, p.60).*

Uno de los grandes problemas de la actual administración es la congestión judicial, la cual se genera por la falta de recurso humano y/o técnico ante la gran cantidad de procesos que se inician diariamente. Coronado (2009) enuncia que,

*"Según un estudio de la Corporación Excelencia a la Justicia, en promedio cada juez en el país demora, en primera instancia, aproximadamente 655 días para resolver un litigio, sólo en la justicia ordinaria. Las mayores demandas en esta jurisdicción ha resultado de una combinación de algunos aspectos que provocan la judicialización de más conflictos, entre ellos: "el comportamiento recesivo de la economía y el desempleo que ha incidido en el incumplimiento de obligaciones y contratos, las regulaciones gubernamentales que estimulan demandas ejecutivas; las demandas*

*originadas en las políticas de la racionalización de las plantas laborales en los sectores público y privado; el avance del narcotráfico y de las acciones de las organizaciones insurgentes y narcoterroristas; la magnitud de los problemas y conflictos que enfrentan los grupos más vulnerables de la población, como los menores y las mujeres; las modificaciones legales periódicas de conocimiento de ciertos procesos, como los de violencia intrafamiliar, entre otros.” (2009, p. 64)*

Este entre otros factores han convergido para que por parte de los ciudadanos descrean en la justicia, en la medida que los cuellos de botella afectan la calidad de vida de colombianos.

Duque (2014) se cuestiona al respecto y enuncia que:

*“Si nos preguntamos por las raíces de la crisis, -tomando el término en el sentido de “situación dificultosa o complicada” (diccionario rae)-, encontramos que ellas son múltiples y que interactúan en el tiempo y en el espacio: desde la procedimentalización extrema fuente de abuso para los litigantes, tal como lo decía desde el siglo xix don Florentino González, hasta la politización reinante hoy, en palabras del Dr. Juan Manuel Charry. Las consecuencias están a la vista: congestión en los despachos judiciales, descrédito, desconfianza y falta de seguridad jurídica. (p.120)*

Durante mucho tiempo se ha venido enfrentando la crisis con medidas tendientes a descongestionar los despachos judiciales: designación de jueces de descongestión; implantación del sistema oral; reforzamiento de los métodos alternos de solución de conflictos, etc. entre esas medidas los MASC o MARC y especialmente la conciliación, no reportan el éxito que cabría esperar. En cambio, se está ensayando un modelo de equivalentes judiciales, dotando de función jurisdiccional a ciertas superintendencias, por ejemplo y que reportan algunos logros en cuanto a la pronta resolución de los negocios que a ellas han correspondido.”

Hay autores como Calvo (1999) que comentan inclusive que existe una crisis de la legitimidad de la justicia en Colombia, porque los fenómenos como el de la

impunidad y respuestas peligrosas como las de la justicia regional ponen entre dicho a los principios humanos básicos que deben presidir la acción de la justicia.

Ramos y Garrido (1996) afirman que:

*“Desde hace varias décadas, la administración de justicia en Colombia se ha caracterizado por la permanente congestión de los despachos judiciales, por el bajo rendimiento en el trámite de los procesos, por la mala distribución geográfica de los recursos y por una inadecuada planeación sectorial. Como resultado de esta situación se ha generado un ambiente de impunidad y de poca credibilidad en el sistema. Las reformas a los códigos de procedimiento fueron el mecanismo de mayor utilización por parte de las autoridades para solucionar la crisis judicial. (Ramos y Garrido, 1995)*

En fin, el sistema actual de administración de justicia, ha tenido tropiezos en sus propósitos, ya que en vez de salvaguardar los derechos sustanciales mediante los procesos judiciales, la morosidad y el exceso de formalismo los vulneran por sus problemas como la congestión judicial e inclusive no contar con los empleados públicos calificados, no se discute la morosidad en la administración de justicia a la cual aluden los autores precitados, el tema es analizar si en efecto la ampliación de competencias de los jueces laborales sería un paliativo que ayudaría precisamente a disminuir parte de esta congestión, no porque sea el tema de este trabajo, porque aunque se toque tangencialmente, el tema realmente prioritario es la ampliación de dichas competencias para una mayor garantía y protección de los derechos sociales constitucionales de los ciudadanos. Analizar la morosidad y sus efectos en realidad desbordaría la pregunta trazada para el desarrollo de este trabajo.

A continuación se plantean las razones sociales, políticas y jurídicas que en perspectiva integral constituyen el análisis de contexto que justificarían desde una perspectiva teórica la ampliación de competencia de los jueces laborales.

#### 4.5.1. Razones Sociales

Colombia es uno de los países latinoamericanos más excluyentes, en parte porque ha padecido un conflicto armado por más de sesenta años que ha arrojado a miles de campesinos a las ciudades quienes compiten por bienes escasos con los pobres históricos en los cinturones de pobreza periféricos. Quiere decir ello que en temas de pobreza, desarrollo y acceso a oportunidades, juega un papel significativo la satisfacción de los Derechos Sociales, que van de la mano con la coyuntura histórica que vive Colombia, relacionadas con la eliminación de las causas de la violencia, es decir, violencia directa, estructural y cultural. Mientras no se satisfagan las condiciones básicas de existencia, no podemos hablar de paz, por lo que la corrección de las asimetrías en el desarrollo, implican un esfuerzo para el fortalecimiento individual y grupal para la reconstrucción del lazo social.

De hecho, son los temas sociales los que han permitido el jalonamiento de la protección de los DESC, entre estos los derechos concernientes a la población desplazada y la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional a través de la Sentencia T 025 de 2004. En ese sentido plantea Arango en torno de la satisfacción de los derechos sociales, la teoría de los “bienes básicos” de la siguiente manera:

*El problema de la determinación del contenido del derecho subjetivo (y de las obligaciones correlativas) puede resolverse abandonando una teoría abstracta de los “bienes básicos” o una de la prioridad ideal de los derechos de libertad (Rawls, 1995). Estas teorías son siempre culturalmente relativas. Pero es importante notar que la urgencia de una situación en la que las necesidades básicas no están aseguradas, es un estado objetivo de cosas. Este estado de cosas puede ser demostrado mediante argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuese atendida inmediatamente, esto es, en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes (Arango, 2002, p.9)*

Los factores socioeconómicos en Colombia, han detonado diversas problemáticas sociales a las cuales no se les ha brindado soluciones serias y concretas que los erradiquen, por lo que se han incrementado y consecuentemente esto ha generado tasas altas de desigualdad entre los colombianos.

En un estudio realizado por Marrugo (2013), se estableció de acuerdo con las cifras tomadas del Banco Mundial, el Coeficiente de GINI durante la década muestra que la tendencia de inequidad que existe en Colombia alcanza niveles que van desde 0,56 en el año 2005 y 2010, hasta 0,61 en el 2002, pese al crecimiento de la economía. Esto evidencia que Colombia es un país de asimetrías sociales, tanto así, que la meta según el Departamento Nacional de Planeación (DNP) para el 2014 es lograr tener un Coeficiente de GINI de 0,54 que, comparado con el promedio actual de América Latina, correspondiente a 0,53, aún se sitúa por encima, razón por cual Colombia es uno de los países más desiguales del mundo al estar los ingresos concentrados en pocas manos.

Así mismo continua afirmando Marrugo (2013) que: La década del 2000 al 2010 está marcada por un crecimiento del PIB per cápita y por la gran desigualdad en las dimensiones que componen el Índice de Desarrollo Humano ajustado a la desigualdad lo que significa mayor exclusión social, el privilegio de unos pocos que disfrutan servicios de salud y educación, determinado por las condiciones en las que muchas personas nacen, crecen, logran un nivel de ingreso u obtienen la posibilidad de recibir del Estado estos servicios.

Sin embargo, a partir del año 2001, y pese a la restructuración del sistema de salud, en el que se otorgaron mayores beneficios a las personas que pertenecen al régimen contributivo, se ha presentado un incremento del número de personas afiliadas al régimen subsidiado, mientras que las vinculaciones al régimen contributivo se mantienen casi constantes de un año a otro. (p. 133).

En resumen, a pesar de que Colombia en la década del 2000 al 2010, presentó un incremento considerable en su desarrollo económico, la tasa de desigualdad de ingresos de los hogares colombianos aumentó, es decir, que este avance en la economía colombiana solo favoreció a unos pocos. Lo que hace que el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas entre los ciudadanos también se acreciente y la línea de pobreza suba y es que como lo enuncia Lora (2005) las medidas de pobreza más frecuentemente utilizadas están basadas en niveles de ingreso o de consumo. Una persona se considera pobre si estos caen por debajo de un nivel mínimo necesario para satisfacer sus necesidades básicas. (p. 52)

“En Colombia se ha obviado durante mucho tiempo la concepción de pobreza desde el punto de vista relativo, y el país se ha dedicado a luchar contra la pobreza en términos absolutos sin incluir en su agenda como punto prioritario el problema de la exclusión social. Los resultados de este artículo contrastan con los de otros estudios realizados con técnicas de corte longitudinal, pues mientras que en Londoño [ 1996] la incidencia de la pobreza es de un 28% en 1993, en Nina [ 1997] y Ocampo et al. [ 1997] los índices de incidencia llegan a 53% en 1995, y un estudio reciente realizado por el DNP revela que el 56% de los colombianos tienen sus ingresos por debajo de la línea de pobreza en la actualidad; la metodología expuesta arrojó un índice de 42,5%. Este es un punto muy importante ya que ese 42,5% de las personas no sólo no tienen el ingreso necesario para no ser pobres, sino que además no pueden acceder a eventos a los que la mayoría de la población si puede acceder, situación que los hace estar excluidos socialmente, y si el gobierno no brinda alternativas a estas personas, esto puede ser uno de los factores que incida en las tasas de delincuencia en el futuro, ya que la delincuencia es una forma alternativa de movilidad social y redistribución del ingreso.” (Sinisterra, 2003, p.145-146)

Entonces, lo que demuestra este estudio es que el ingreso no es una circunstancia suficiente para medir la pobreza en Colombia ya que existen indicadores que pueden complementar los demás índices. Se deben comenzar a implementar políticas que obliguen a ceder la concepción de pobreza que existe en país aunque sigamos siendo un país en vía de desarrollo, concebir a la pobreza

como un problema que va mucho más allá que la falta de ingreso, es enteramente necesario.

*El reconocimiento de derechos sociales fundamentales, empero, supone la negación de la autonomía mediante la intervención positiva del Estado en favor de una persona que no está en capacidad de ayudarse a sí misma. El Estado está obligado a una prestación positiva en favor de una persona cuando se cumplen precisas condiciones extranormativas. Dichas condiciones tienen que ver con la situación de necesidad de la persona cuya superación exige jurídicamente una intervención estatal para evitar un daño inminente a la persona. Esto, por otra parte, corresponde con el principio de subsidiariedad. (Arango, 2001, p. 5)*

La pobreza en Colombia la cual se expresa en condiciones de exclusión social, están a la orden del día, la cual se concreta en una realidad de programas sociales dirigidos desde la Presidencia de la República (Departamento de la Prosperidad Social), sin embargo no siempre el camino para acceder a los subsidios estatales es llano, no pudiendo dejar a un ciudadano a que resuelva su situación de indigencia “como pueda”, así las cosas la justicia debe responder de manera oportuna a los requerimientos, por ejemplo, que hagan las víctimas, los discapacitados y demás grupos vulnerables. En ese sentido plantea Martínez Roldán (2009):

*La justicia social implica ya varias notas y características que la sacan del plano personal-justicia como virtud- y la introducen de lleno en un ámbito interpersonal. Estas notas son la alteridad, la proporcionalidad, la igualdad.*

*De este modo se empiezan a sentir ciertas necesidades cuya satisfacción se cree como exigencias de la más elemental justicia social, porque se entiende como algo ineludible para el desarrollo libre e igual de todo ser humano, cualquiera que haya sido su lugar de nacimiento. (p. 132)*

Respecto de los derechos Sociales, Jorge Carvajal (2002), se encarga de realizar un importante trabajo de análisis enfocado en establecer cómo a lo largo de los años, la profunda desigualdad social (constatada en una pésima división de las



riquezas, ausencia de una reforma agraria, abandono estatal) ha sido una de las causas más fuertes que desencadenó en el conflicto que padece nuestro país, además, hay que agregar que durante gran parte de la historia del país, la justicia y el derecho han estado alejados del respeto a la vida humana y de la realización de las demandas colectivas, siendo este hecho otra de las razones del actual conflicto social; no sólo eso, sino que además, se centra en determinar cómo aun con la expedición de la Constitución de 1991, en la cual se habían depositado las esperanzas de un cambio sustancial en nuestra sociedad, muchos de esas situaciones de desigualdad persistieron y algunas otras se acrecentaron.

Básicamente el autor para sustentar tal apreciación, parte de la constatación de cómo a través de la historia, tanto los marcos constitucionales como los legales han estado al servicio de sectores hegemónicos de la sociedad colombiana, contrarios a las aspiraciones del resto de la población, en su mayoría personas en situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual, a juicio del profesor Carvajal, el conflicto social en el país se ha prácticamente perpetuado.

En ese orden de ideas Carvajal (2002) analiza los cambios que se implementaron en la Constitución de 1991 y sus efectos frente a las aspiraciones de la sociedad, a fin de demostrar cómo la normatividad constitucional y legal se encuentra al servicio del poder hegemónico, y muy a pesar que nuestra carta fundamental y la jurisprudencia de la Corte Constitucional instituye los denominados derechos sociales.

Uno de los principales temas que el autor aborda a lo largo de su escrito es el referente a la fatídica relación entre Mercado y justicia en el interior del sistema jurídico colombiano.

Partiendo de una de las principales críticas que se han realizado al modelo de Estado Liberal, o liberalismo político, que consiste en que la razón de ser de éste no es otra distinta a ser el andamiaje, la estructura, sobre la cual ha de soportar el liberalismo económico, de esta premisa el autor entra a determinar como a relación

entre mercado y justicia, o mercado y derecho en nuestro país se evidencia con mucha facilidad muy a pesar de la Constitución de 1991, y de los derechos sociales que esta consagra, lo cual demuestra que tanto la justicia y el derecho han sido ajenos a las aspiraciones y necesidades de la mayoría, convirtiéndose en una de las razones del conflicto social en el país.

Plantea Carvajal (2002) que de hecho, se puede evidenciar un condicionamiento de la realización de los derechos sociales al desarrollo económico, que además el Estado está incorporando la materialización de la justicia a la lógica del mercado y a los intereses de los sectores hegemónicos a nivel económico, social y político del país. Y de esta manera, bajo esa lógica, los derechos económicos y sociales de la población no serán abordados como se debe, toda vez que lo importante para el sistema es garantizar otro tipo de fines, de derechos, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa y la seguridad jurídica para el capital nacional e internacional. El autor plantea que el ideal de justicia que reclama la sociedad actual, que se ve abocada a situaciones de vulnerabilidad por parte de grupos poderosos (productivos, comerciales, financieros, etc.) no se ve protegido por el sistema jurídico nuestro, ni por las leyes ni por la justicia.

#### **4.5.2. Razones Políticas**

El fundamento de los Derechos Humanos y su correlato en el marco de los Estados Nacionales expresados como derechos fundamentales, supone una voluntad política que permita su establecimiento desde los ordenamientos normativos, en ese sentido cobra fuerza la vertiente política de la positivación normativa de los derechos fundamentales.

Los Derechos fundamentales que desembocan en el derecho, lo hacen a través del Estado. Sin el apoyo del Estado esos valores morales no se convierten en Derecho positivo. La política es llamada a convertir esos valores morales en valores políticos, en ese sentido lo plantea Martínez Roldán (2009) cuando cita a Adela Cortina: “El poder político es ilegítimo si no tiene su última razón de ser en respetarlos y garantizar su satisfacción, es decir los derechos humanos, en terminología rawlsiana, vendrían a ser la condición necesaria de la legitimidad de todo régimen y de la decendencia (sic) de su ordenamiento jurídico” ( p. 115).

En el mismo sentido se entiende que la efectivización de los derechos sociales en el marco de una sociedad bien ordenada en el sentido rawlsiano en el que prime una concepción política de justicia, concepto que nos permite pensar en una ampliación de competencias que priorice la cuestión social desde la perspectiva ciudadana.

De hecho compartimos las apreciaciones sobre el particular esbozadas por Joaquín Herrera Flores (2008):

*Una norma, y esto hay que reconocerlo desde un principio, no es más que un medio, Un instrumento a partir del cual se satisfacen, de un modo “normativo”, las necesidades y demandas de la sociedad. Una norma nada puede hacer por sí sola, ya que siempre depende del conjunto de valores que impera en una sociedad concreta. Son de los sistemas de “valores dominantes” de donde Surgen las normas y de donde surgen los criterios más importantes para su justificación, interpretación o legitimación frente a los ciudadanos y ciudadanas que están obligados a cumplirlas. A partir de dicho sistema, las necesidades y expectativas humanas se satisfarán de un modo concreto y no de otro. Si dicho sistema de valores defiende lo público como un espacio necesario de intervención institucional para procurar una satisfacción igualitaria de dichas necesidades y expectativas,*

*así serán las normas que los actores que defienden dicho sistema intentarán imponer (caso de los famosos, pero ahora considerados como especies en extinción, “estados de bienestar”). Pero, si el sistema de valores que predomina es contrario a dicha satisfacción igualitaria, y afirma que la mejor forma de satisfacer las necesidades es integrándose en el marco de la competencia privada por la acumulación creciente de beneficios (lo que ahora se denomina neo-liberalismo), los actores que tengan el poder y que defiendan dicho sistema de valores intentarán denodadamente imponer las normas –es decir, la forma de satisfacer las necesidades y expectativas humanas— que más les convengan para reproducirlo lo más posible. Una norma, pues, no describe ni crea nada por sí sola. Las normas están inscritas en sistemas de valores, a partir de los cuales, por seguir con nuestro ejemplo anterior, en nuestras sociedades, las mujeres –o, por poner otro ejemplo, los trabajadores y trabajadoras migrantes—, ocupan puestos de menor responsabilidad y, en términos estadísticos, cobran menos por el mismo trabajo que el que hipotéticamente pueda realizar un ciudadano/hombre. Por tanto, estamos ante medios, ante instrumentos que prescriben*

*Comportamientos e imponen deberes y compromisos individuales y grupales, siempre interpretados desde el sistema de valores dominante. Por ello, cuando hablamos de derechos humanos como si de un “hecho” se tratara, podemos llegar incluso a confundir a los ciudadanos y a las ciudadanas de un determinado entorno político y cultural, pues puede que creen que con el sólo hecho de que sus expectativas se conviertan en normas, ya tienen asegurado el acceso a los bienes para cuyo acceso esas normas debieron ser creadas. (Herrera Flores, 2008, p. 9)*

Colocar la cuestión social en el centro del debate político, implica el establecimiento intencionado de ciertos valores, así las cosas, planteamos la justificación de la ampliación de competencias de los jueces laborales desde la perspectiva de una concepción política de justicia planteada por Rawls en su texto *Teoría de la Justicia*:

“Hemos dicho que los ciudadanos tienen dos poderes morales. El primero es la capacidad de concebir un sentido de la justicia que les permite entender, aplicar y actuar

a partir de los principios razonables de la justicia que especifican los términos justos de cooperación social. El segundo poder moral es la capacidad de tener una concepción del bien: una concepción de los fines y propósitos dignos de que los persigamos devotamente, junto con un ordenamiento de los elementos que nos guían durante toda una vida” (p.113).

Rawls en su teoría reemplaza a la persona por el ciudadano, que no deja de ser persona y por ello tiene una concepción de lo razonable, que también es capaz de actuar conforme a la razón práctica, justamente esta da pie al constructivismo político que es una reconceptualización del constructivismo kantiano en la elaboración de postulados normativos que deben guiar la conducta del hombre-ciudadano en pos de conseguir una sociedad “bien ordenada” a través de una concepción política de justicia compartida .

El autor parte de dos inquietudes fundamentales, la primera de ella se orienta a cuestionarse acerca del objetivo del liberalismo político, cual es la de construir una concepción política de justicia. Así planteado parece tarea sencilla, sin embargo, esta intención se tropieza con una tensión, que da cuenta de que dicha construcción implicaría necesariamente acuerdos, que llevarían a decantar un cúmulo de principios en los cuales la sociedad converja, el agravante es de que justamente las sociedades están atravesadas por particularidades que matizan las diferentes concepciones o cosmovisiones de los mundos de la vida, o dicho de otra manera concepciones de lo bueno o lo malo, de lo correcto o incorrecto.

Reconociendo estas limitaciones, Rawls (2002) parte de la base de que la concepción política de justicia se fundamenta en un consenso traslapado o entrecruzado, que es el punto que funge como intersección entre todas ellas y que se representa como el conjunto de principios compartidos socialmente que serían la base fundante de una concepción de justicia.

La aparente complejidad del liberalismo político surge de aceptar como realidad el pluralismo razonable, una vez aceptado esta, tenemos que suponer un consenso traslapado, cada ciudadano avala y apoya tanto una doctrina comprensiva como la concepción política focal ( Rawls, 2002, p.14)

Continúa planteando que la concepción política es compartida por todos, en tanto que con las doctrinas razonables no sucede así; deberemos distinguir una base pública de justificación sobre cuestiones políticas fundamentales aceptada por todos, y las muchas bases de justificación que no tienen el carácter de públicas, que pertenecen a diferentes doctrinas comprensivas y que por ende solo son aceptables para quienes suscriben esas doctrinas (p.14).

Rawls es claro en enfatizar que en el marco de una democracia, los ciudadanos deben gozar de “igualdad” y excepcionalmente reconoce (aunque sea en menor proporción) un tratamiento desigual al amparo del principio de diferencia. Normativamente se debe aceptar que todas las personas tienen el derecho de exigir un esquema básico de derechos y libertades válido para ella y al mismo tiempo que cobije a los demás miembros del conglomerado social, es decir, se predica un trato igualitario para todos, que se excepciona solo cuando es factible un trato diferenciado en razón de que esta desigualdad se origina, primero, en la medida en que hubo acceso a las prerrogativas ganadas en pie de igualdad de oportunidades y segundo, que en el caso de que alguno se posicionara mejor, esta situación debe revertirse en mejoría de los miembros con menos privilegios de la sociedad. De tal suerte que en principio todos juegan con reglas de juego que garanticen simetría en derechos y libertades , aceptándose solo bajo ciertas condiciones un tratamiento diferenciado en la medida que redunde en beneficio para los más vulnerables, o lo que llama, “principio de diferencia” y que define como sigue:

“..Las desigualdades económicas inherentes a los cargos y puestos, tendrán que ajustarse de manera que desigualdades grandes o pequeñas habrán de

redundar en el máximo beneficio de los integrantes menos privilegiados de la sociedad” (p. 32)

De la misma manera sostiene que para integrar el contenido de la concepción pública de es que se integra mediante consenso. Para llegar al mismo, Rawls considera que la sociedad debe ser concebida como un sistema que tiene como nota característica la cooperación; pero, para que en efecto, la ciudadanía este en capacidad de dirigir su acción en pos de la cooperación, su rol ha de ser el de personas “libres” e “iguales”.

Los términos justos de cooperación se conciben como un acuerdo a que han llegado quienes estaban comprometidos con ella, es decir los ciudadanos libres e iguales que han nacido en la sociedad en que viven (p. 46).

#### **4.5.3. Razones Jurídicas:**

Por lo tanto, no puede ser otra, la oportunidad deseada, para aplicar de una vez, las normas internacionales que consagran tales derechos, por la expresa autorización constitucional del artículo 53 de la Carta Magna que establece: “los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”. Así mismo el artículo 93 Superior nos enseña que: “los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno”.

Los jueces en lo social, deben ser especialistas en las normas internacionales que se refieran a los derechos sociales y así identificar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como pionera en Colombia en acudir a dichas disposiciones internacionales. Para tales propósitos los funcionarios en

lo social deben identificar y clasificar las norma internacionales del trabajo y de la seguridad social, como los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Siendo así las cosas, y sin lugar a equívocos, los factores objetivo y funcional son los criterios para seleccionar los asuntos o controversias que serán definidos en la ampliación de competencias que se propone relativa a los tópicos que se han venido tocando.

. “Esta situación no ha impedido, sin embargo, que la administración de justicia se haya visto afectada por problemas de carácter estructural, entre ellos la existencia de barreras de acceso al servicio, una excesiva adhesión a los procedimientos formales y un alto nivel de congestión judicial [...] adicionalmente, la dificultad del aparato de justicia para asegurar una solución equitativa o justa a los problemas sometidos a su conocimiento, ha sido ampliamente atribuida al excesivo formalismo, especialmente en casos en los cuales la controversia recae en asuntos que, por su mismo valor, son considerados como menores”(Departamento Nacional de Planeación Documento Visión Colombia, II Centenario, p. 3.)

Los derechos sociales establecidos en la Constitución Política Colombiana, y que a lo largo de los años han sido tratados desde la jurisdicción ordinaria. Es decir, que a pesar de ser derechos de rango constitucional el sistema procesal colombiano no generó un espacio para que esta tipología de estos presupuestos jurídicos recibiera un manejo adecuado de su justiciabilidad, que no correspondía al dado por la justicia ordinaria. Además como se estableció en el aparte anterior, esta jurisdicción ordinaria se encuentra viciada de muchas contrariedades que hacen que el ejercicio de estos derechos sea más dificultoso.



Pero lo trascendental sobre el tema, no es como se ha manejado, sino como se está administrando justicia de los derechos sociales en Colombia ya que se sigue judicializando mediante la justicia ordinaria a pesar de su naturaleza constitucional. Ya en este punto, debemos cuestionar el sistema procesal, ya que este en su organización no debe propender al desconocimiento de los derechos sustanciales.

Los autores Carbonell y Ferrer (2014, p.24), aciertan al enunciar que: “se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia.”

Por eso es menester de esta investigación, proponer una transformación de la justicia colombiana para llenar el vacío por la ausencia de una jurisdicción social.

La situación actual de estos derechos es grave ya que no se le está dando el trato correspondiente por cual genera una vulneración de los mismos.

Tomemos como ejemplo la jurisdicción constitucional, que tiene su autonomía y jueces propios. ¿Qué pasaría si a los derechos fundamentales otorgados por la carta magna se les conocería por medio de la jurisdicción ordinaria? De seguro el alcance de los fallo no serían los mismos que si estuviesen expedidos por una

autoridad judicial adecuada como es la que existe actualmente.

La idea es reconocer el vacío de la jurisdicción en nuestro ordenamiento procesal y así subsanarlo de una manera eficiente y adecuada, que los administradores de justicia sean los correspondientes para que las decisiones ahí tomadas sean acordes a los principios de verdad y justicia.

El vacío de la jurisdicción social en Colombia ha generado diferentes efectos en el ordenamiento jurídico, al respecto Arango (2009 p. 14) afirma que un examen general de la jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales en Colombia muestra un claro uso de las acciones constitucionales de control normativo abstracto (acción de inconstitucionalidad) y de control concreto de constitucionalidad (acción de tutela) para impedir retrocesos en la realización de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular. Tal uso lo ha denominado “estrategia de resistencia constitucional”. La resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales. Las sentencias de constitucionalidad que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo; la sentencia que declaró la inconstitucional de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre; la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada o la que aseguró el derecho al mínimo vital de los recicladores son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático.

Vemos entonces claramente, cómo se ha buscado un medio alternativo para

salvaguardar los derechos sociales, ya sea por acción de tutela o por otros medios que brinda el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, no debe desconocer el gasto público que esto generaría al momento de implementarse al ordenamiento procesal colombiano. Pero igual de forma como lo manifiesta Uprimny (2000, p. 167) es el estado y sus órganos políticos los que tienen la responsabilidad de financiar esas políticas y además porque se adecúan más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por tales razones, muchos autores importantes y algunos sistemas constitucionales, afirma el autor, han negado una verdadera eficacia jurídica de los derechos sociales. Por ejemplo en su clásica teoría de la Constitución, Carl Schmitt distingue entre los verdaderos derechos fundamentales, que son de tradición liberal, y los derechos sociales, que son a lo sumo mandatos al legislador, pero que no deben ser considerados derechos fundamentales subjetivos, ya que no pueden ser exigidos judicialmente.

Por estas razones, Colombia con su sistema de administración de justicia objetivamente se encuentra en desconocimiento los derechos sociales establecidos en la Constitución Política de 1991. Debido a la falta de una justicia social que sea quien examine todas las controversias suscitadas alrededor de tales preceptos jurídicos.

## CONCLUSIONES

Pensar en una sociedad con más de cincuenta años del conflicto armado interno, y luego de un acuerdo de paz en la Habana-Cuba, la paz implica no solo la satisfacción de derechos fundamentales, sino también la necesidad de los ciudadanos de ver garantizados los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). El diseño de nuestra Carta Política si bien nominó los derechos fundamentales, no lo es menos que por vía de jurisprudencia se ha dotado de fundamentalidad a otros derechos constitucionales en pos de la dignidad y vulnerabilidad de ciertos grupos sociales. Los derechos sociales pertenecen al individuo por el solo hecho de ser miembro de una sociedad, sin embargo, no basta su reconocimiento, es necesario el acompañamiento de las acciones e instrumentos que garanticen su justiciabilidad de manera pronta y oportuna.

La congestión judicial, la incertidumbre en el tema de jurisdicción y competencias y los conflictos de jurisdicción en torno a los derechos fundamentales y sociales fundamentales, pueden minar la satisfacción de los mismos, por las dificultades en el acceso a la administración de justicia, en consecuencia a su pronta y cumplida solución dentro de los términos legales impuestos para cada caso en concreto, por ejemplo, los derechos laborales del servidor público, la responsabilidad en salud o médica, las acciones constitucionales, acciones ordinarias y contenciosas, entre otros.

Debates estos que son razonables, cuando se trata de dirimir los choques de competencia o de jurisdicción, pero que no se han efectuado tomando en consideración al ciudadano quien padece las carencias en términos de satisfacción de derechos sociales o relacionados con la seguridad social. Es ejemplificante el tema de la responsabilidad contractual y extracontractual médica, la cual ha sido conocida profundamente por la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil. Sin

embargo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, venía conociendo esta problemática en tratándose de las fallas del servicio en entidades estatales.

Solo con la entrada en vigencia y promulgación de la Ley 362 de 1997, en su artículo 2º se señala la competencia a los jueces laborales para decidir sobre las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados. Luego vino a mejorar y aclarar esta competencia, la Ley 712 del 2001 en su numeral 4º y desde la primera ley, empezó a estimarse que la responsabilidad médica había pasado su competencia a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y seguridad social, ahondándose más aún el conflicto de competencia, tanto con la jurisdicción contencioso administrativa, como con la jurisdicción ordinaria civil.

De igual manera quedó planteada la incongruencia entre las decisiones adoptadas por la Sala de Decisión de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, sobre el traslado de procesos en el estado en que se encuentren en la jurisdicción laboral y seguridad social, a la jurisdicción ordinaria en lo civil, a quién esta última, el Código General del Proceso le asignó competencia, separándola de la jurisdicción laboral. Solo que mediante Sentencia C-755 del 30 de octubre de 2013, MG. María Victoria Calle Correa, declaró exequible el artículo 625 numeral 8 (parcial) de la Ley 1564 de 2012-CGP, concretamente: *Sin embargo los procesos de responsabilidad médica que actualmente tramitan los jueces laborales, serán remitidos a los jueces civiles competentes, en el estado en que se encuentren*”.

Y no solo la responsabilidad médica, sino también en otros asuntos, como las acciones populares, como ya lo habíamos precisado, cuando en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 preceptúa que: “La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones

administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil”.

Es necesario también mencionar la acción de tutela, cuyo porcentaje de ingreso en la Rama Judicial es significativo, aumentándose su presentación y contribuyendo a la congestión judicial, una de las acciones que contribuye la dilación en la gestión de los procesos ordinarios, por la característica perentoria de sus términos.

Sopesar el tema social va de la mano con los planes sectoriales de gestión para la Administración de Justicia trazados por el Consejo Superior de la Judicatura, de hecho el último Plan con vigencia 2015-2018 indica las directrices que tributan al mejoramiento y acercamiento de la justicia al ciudadano, este plan en consonancia con el Documento de Racionalización de la Oferta de Justicia posibilita repensar el ofrecimiento del servicio en términos de satisfacción al cliente, por ello busca el mejoramiento de la gestión judicial, desde la desconcentración de servicios hasta la atención de grupos vulnerables y excluidos.

Como viene dicho, en un Estado social de derecho los temas sociales y entre estos, los que se refieren a los derechos sociales fundamentales no son cuestiones deleznable, ya que por su materia y contenido de raigambre social son de necesaria satisfacción en una democracia.

La propuesta que se trazó para repensar los tópicos que permitan ampliar las competencias de los jueces laborales contribuiría a un debate sobre la optimización de la especialidad laboral de la justicia ordinaria, en el entendido que el ofrecimiento de los servicios de justicia no pueden tener la característica de ser estáticos, sino de ir ajustándose a las necesidades de la ciudadanía. De hecho, dando respuesta a la pregunta planteada al inicio de este trabajo relacionada con la conveniencia en la ampliación de la competencias de los jueces laborales en

temas sociales, se puede afirmar a manera de conclusión que si existen razones sociales, jurídicas y políticas que dan cuenta de derechos subjetivos que son convenientes sean analizados por una jurisdicción y un juez sensible a los asuntos sociales como lo es el juez laboral y de la seguridad social, temas estos que son sensibles y que tributarían a la consecución y mantenimiento de la paz, en el entendido de que no es solo la enunciación normativa de un derecho, sino la concreción y satisfacción de los mismos.

Específicamente nos referimos a los derechos fundamentales, sociales fundamentales, derechos laborales del servidor público, y la responsabilidad médica, lo anterior porque, a pesar de su transcendencia social están asignados a jueces y a jurisdicciones que deben atender otros asuntos de su competencia, repensar la ampliación de competencias, no es un asunto descabellado, de hecho, las razones esbozadas en este trabajo ayudan a cimentar argumentos que contribuyen a repensar el rol de los jueces laborales en un contexto funcional adecuado a los planes trazados para la Administración de Justicia. Poner una justicia cercana al ciudadano, no solo abona a que se concrete una vida digna del individuo, sino también la anhelada paz a nuestro país, que asegure la convivencia dentro de una sociedad justa, consecuente con su modelo de Estado Social de Derecho.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añón, M.J. (2004). *Lecciones de derechos sociales*. 2 ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch,.
- Arango, R. (2001). *Protección nacional e internacional de los derechos humanos, ciudadanía y derechos humanos sociales*; Alonso, M.A./Giraldo J. editorial, Escuela Nacional Sindical, Medellín.
- \_\_\_\_\_ (2002). Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *Revista EL OTRO DERECHO*, número 28. Julio. ILSA, p. 103-122.
- \_\_\_\_\_ (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 1 ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Legis Editores.
- \_\_\_\_\_ (2009) *Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*. Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos N° 5. Bogotá.
- Arrubla, J. (2013). *Libertad y Orden*. En: Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana. Colombia: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Calamandrei, P. (1940/1962). *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código procesal de 1940*. Traducido de la versión italiana por el Dr. Santiago Sentis Melendo en el año de 1962.
- Calvo, M. (1999). *Transformaciones del derecho y crisis de la justicia*. *Revista Derecho del Estado*, Volumen 7. Colombia.



Carbonell, M. y Ferrer, E. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Azcapotzalco, México, D.F: Editorial Flores, Instituto de Investigaciones jurídicas

Carvajal, J. (2002). La justicia, el derecho y la justicia social en Colombia. En: Revista El otro derecho. Número 28, Bogotá: ILSA Editores.

Cepeda, M. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991*. Bogotá: Editorial Temis, p. 3.

\_\_\_\_\_ (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis Editores.

Consejo Superior de la Judicatura (2014). Plan nacional de Racionalización de Oferta de la Justicia 2015-2018.Colombia.

Consejo Superior de la Judicatura (2015). Propuesta de Racionalización de la oferta de Justicia. Colombia.

Coronado, X. (2009). *La Congestión Judicial en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 008 de 18 de mayo de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-403 de junio 3 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 533 de septiembr 23 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-157 de 1998. M.P. Alejandro martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-624 de 25 agosto de 1999. M.P. Alejandro martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1165 de septiembre 6 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-580 de 2007. M.P. Humberto Sierra Porto

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-463 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-658 de julio 1 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008.M.P. Manuel José Cepeda.

Duque, M. (2014). *La crisis de la justicia en Colombia*. Revista CES, Derecho. Volumen 5 Número 2 Julio- Diciembre. Medellín.

Folguera , J. Salinas, F. y Segoviano, M. (2012). *Comentarios a la ley reguladora de la jurisdicción social*. Madrid: Editorial Lex Nova

González, A., Montoya, A. y Vásquez, J. (2007). *Estado del arte sobre administración justicia pública y privada, y guerra y justicia*. Universidad de Medellín. Opinión Jurídica, 6 (11), p. 47 – 65.

Herrera Flores, J. (2008). *La complejidad de los Derechos Humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada*. En: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 103-135.

Langford, M. (2013). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales, Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Universidad de los Andes: Siglo del Hombre editores.

León, B. (2002). *La República de Weimar, génesis, desarrollo y fracaso de la primera experiencia republicana alemana*. Editorial Universidad Nacional Autónoma.

Londoño Toro, B. (2004). *La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- López, H. (2002). *Instituciones de derecho procesal civil - Parte general*. Colombia: Ed. Dupré.
- Lora, E. (2005). *Técnicas de medición económica metodología y aplicaciones en Colombia*. Bogotá: Alfaomega.
- Martínez Roldan, L. (2009). *Los Derechos Humanos como derechos sociales y como derechos constitucionales*. En: Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cuadernos de Democracia y Derechos Humanos. Madrid: Universidad de Alcalá. Defensor del Pueblo. Cátedra de democracia y Derechos Humanos.
- Marrugo, V. (2013). *Crecimiento económico y desarrollo humano en Colombia (2000 – 2010)*. Revista de Economía del Caribe nº . 11. Colombia.
- Monroy Cabra, M. (2009). *Los derechos sociales deben ser derechos fundamentales*. En: Liber Amicorum en homenaje a Jaime Vidal Perdomo. 1 ed. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Palacio Hincapié, J. (2013). *Derecho procesal administrativo*. 8 ed. Colombia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Perdomo, C. (2011). *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo..
- Pérez Escobar, J. (2003). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pinzón, C. (1863). *Juicio sobre la constitución de 8 de mayo de 1863 expedida en Rionegro*. Colombia: Editorial Imprenta de Echeverría,.
- Ramos, J. y Garrido, D. (1996). *Gasto estatal y administración de justicia en Colombia. Borradores semanales de economía*. Bogotá: Banco de la República.
- Sinisterra, G. (2003). *Una Medición de la Pobreza: Un enfoque complementario para el caso Colombiano*. Cuad. Econ. [Online]., Vol.22
- Uprimny, R. (2000). *Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC*. Revista Pensamiento Jurídico No 13. Colombia: Bogotá.

Villegas, J. (2010), *Derecho Administrativo Laboral, principios, estructura y relaciones individuales*. Colombia: Legis Editores.